SEPS
SEGRETARIATO EUROPEO PER LE PUBBLICAZIONI SCIENTIFICHE

ISBN 978-84-9879-570-7
9 788498 795707

NORBERTO BOBBIO IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO

NORBERTO BOBBIO

IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO

Prólogo de Luigi Ferrajoli

EDITORIAL TROTTA

Iusnaturalismo y positivismo jurídico

Norberto Bobbio

Prólogo de Luigi Ferrajoli

Traducciones de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés,
Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel

Edición al cuidado de Andrea Greppi

E D I T O R I A L T R O T T A

La traducción de esta obra ha sido financiada por el SEPS
Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche

SEPS

Via Val d'Aposa 7 - 40123 Bologna - Italia
seps@seps.it - www.seps.it

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

Título original: Giusnaturalismo
e positivismo giuridico

© Editorial Trotta, S.A., 2015
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

© Gius. Laterza & Figli, 2011. Todos los derechos reservados

Publicado mediante acuerdo con
Marco Vigevani Agenzia Letteraria

© Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi
y Alfonso Ruiz Miguel, para las traducciones, 2015

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-9879-570-7
Depósito Legal: M-7160-2015

Impresión
Cofás, S.A.

CONTENIDO

Prólogo: Luigi Ferrajoli 9
Introducción 23

Primera Parte
DERECHO Y FILOSOFÍA

Premisa 31
1. Situación y orientaciones 33
2. Naturaleza y función de la filosofía del derecho 48
3. La filosofía del derecho y sus problemas 60

Segunda Parte
DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Premisa 81
4. Formalismo jurídico 83
5. Aspectos del positivismo jurídico 101
6. Iusnaturalismo y positivismo jurídico 122
Apéndice. Otras consideraciones acerca del positivismo jurídico 138

Tercera Parte
DEL IUSNATURALISMO

Premisa 153
7. Algunos argumentos contra el derecho natural 155
8. El iusnaturalismo como teoría de la moral 169
9. La naturaleza de las cosas 183
Apéndice A. De nuevo sobre el derecho natural 196
Apéndice B. La naturaleza de las cosas en la doctrina italiana 208

Índice de nombres 223
Índice general 227

PRÓLOGO*

Luigi Ferrajoli

1. La recopilación de ensayos bobbianos *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, que abría en 1965 la colección «Diritto e cultura moderna» dirigida por Renato Treves y Uberto Scarpelli (Edizioni di Comunità, Milán), es ya desde hace muchos años un clásico de la filosofía del derecho. Es quizá el libro filosófico-jurídico de Norberto Bobbio más conocido y leído. Con él se han formado numerosas generaciones de estudiosos que en sus páginas han encontrado, además de algunas coordenadas y categorías elementales de la reflexión filosófica sobre el derecho, un estilo de pensamiento e investigación orientado al análisis conceptual, a la claridad en el lenguaje, al rigor en las distinciones y al enfoque racional de los problemas.

El libro está dividido en tres partes. En la primera parte Bobbio ilustra su concepción de la filosofía del derecho, distinguiendo sus diversas tareas, analizando sus diversos problemas y proponiendo un programa de trabajo ius-filosófico orientado a la clarificación de los conceptos, a la disolución de falsas disputas y falsos problemas, y una invitación al intercambio de ideas, contra toda forma de dogmatismo, entre las diversas orientaciones filosóficas. «Filosofía del derecho», escribe con palabras que aún resultan actuales, es una expresión «genérica, poco rigurosa y, por tanto, mal definible y no fácilmente utilizable»[1]: poco más que una etiqueta académica, que reúne estudios y enseñanzas dispares, desde la historia del pensamiento jurídico y político a las doctrinas de la justicia, desde las reflexiones metafísicas sobre el concepto de derecho hasta los estudios de teoría general del derecho, desde las doctrinas sobre el método hasta las investigaciones sobre las prácticas jurídicas y

* Traducción de Andrea Greppi.

1. «Naturaleza y función de la filosofía del derecho» (1962), *infra*, p. 49.

las relaciones entre derecho y sociedad. Bobbio propone, por tanto, el abandono de la concepción de la filosofía del derecho como disciplina unitaria y la distinción de los estudios ius-filosóficos en tantas disciplinas particulares como son los problemas que en ella se abordan: el problema «deontológico», relativo a los valores que inspiran o deberían inspirar el derecho positivo, que es competencia de la *teoría de la justicia*; el problema «ontológico», que reclama la elaboración, desde la *teoría general del derecho*, de las categorías jurídicas generales, como «poder», «deber», «norma», «sanción» y similares; el problema «fenomenológico» de la efectividad y el funcionamiento concreto de las instituciones, que le corresponde a la *sociología jurídica*, que observa el derecho «como fenómeno histórico y social»; y finalmente el problema «metodológico», del que se ocupa la *metodología jurídica*, que incluye la teoría de la ciencia del derecho, la lógica jurídica y la teoría de la interpretación[2].

Se dibuja de este modo un mapa del saber filosófico-jurídico que no solamente ha tenido el mérito de trazar las fronteras entre los diferentes enfoques disciplinares de reflexión metajurídica sobre el derecho, sino que también ha contribuido a la superación de su falsa contraposición y su recíproco aislamiento. Demasiado a menudo, en efecto, cada uno de estos enfoques —el de la filosofía de la justicia, el de la teoría del derecho, el de la sociología jurídica y el de la metodología del conocimiento jurídico— tiende a postularse como privilegiado o, peor aún, como científicamente exclusivo. Es lo que Bobbio denunciará, unos años más tarde, como «la trampa del imperialismo de las disciplinas que coloca a los historiadores contra los filósofos, a los juristas contra los politólogos, a los sociólogos contra los historiadores, etc.»; mientras que «en el vastísimo, cada vez más amplio, universo del saber, hay afortunadamente lugar para todos», y la utilidad de la reflexión metodológica consiste en «hacer más conscientes, a cada cual en su propio campo, de los límites de su propio territorio y del derecho a existir de otros territorios, lejanos o cercanos»[3]. Contra esta recíproca ignorancia y desautorización, fomentada por la organización académica de los estudios y responsable del profundo analfabetismo filosófico y sociológico de la mayor parte de los juristas, solo comparable al analfabetismo jurídico de gran parte de los filósofos y los sociólogos, Bobbio nos invita a reconocer que el derecho puede ser contemplado desde varios puntos de vista diferentes —el de la justicia, el de la validez y el de la eficacia—, que corresponden a disciplinas diferentes y a otros tantos métodos de investigación y

2. «La filosofía del derecho y sus problemas» (1957), *infra*, p. 60.
3. N. Bobbio, «Razones de la filosofía política», en *Teoría general de la política*, ed. de M. Bovero, Trotta, Madrid, [3]2009, p. 107.

que no pueden ser confundidos entre sí, pero tampoco ignorarse recíprocamente.

2. Las otras dos partes del libro están dedicadas a la secular controversia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, de la que Bobbio —poniéndose, escribe en la Introducción, «en el papel de árbitro o, más modestamente, de juez instructor, que en el de defensor o acusador»[4], pero en realidad defendiendo al segundo contra el primero— analiza con claridad ejemplar los términos, el significado y los distintos planos en que se presenta habitualmente la alternativa. En particular, en la segunda parte Bobbio distingue los diferentes significados del positivismo jurídico —como método o aproximación avaloativa al estudio del derecho positivo, como teoría estatalista del derecho y como ideología ético-legalista— mostrando cómo la confusión entre estos distintos significados se encuentra a menudo en la base tanto de la crítica radical como de la defensa incondicional del iuspositivismo, una y otra injustificadas. Por último, en la tercera parte, Bobbio somete a análisis las diferentes doctrinas iusnaturalistas mostrando que consisten en doctrinas objetivistas de la moral, en su opinión infundadas, pero a las que reconoce el papel histórico desempeñado como doctrinas ético-políticas orientadas a la crítica del derecho existente y al diseño del derecho futuro.

El análisis bobbiano de estas dos orientaciones iusfilosóficas sigue siendo todavía hoy, a mi juicio, un logro metateórico indispensable. En el último ensayo de la segunda parte del libro, Bobbio muestra la incompatibilidad entre positivismo jurídico y iusnaturalismo únicamente en dos casos: *a)* cuando ambos se conciben, en su forma extrema y radical, como ideologías de la justicia, el primero como «ética legalista», según la cual «se debe obedecer las leyes en cuanto tales», y el segundo como «ética naturalista», según la cual «se debe obedecer las leyes solo en tanto son justas»[5]; *b)* cuando ambas se conciben como teorías del derecho, la primera como «teoría de la exclusividad del derecho positivo», identificado como el único derecho existente, y la otra como «teoría de la *superioridad* del derecho natural» sobre el derecho positivo[6] y, más concretamente, como teoría de la moral en la que un determinado sistema de valores o prescripciones morales es tomado, en virtud de su presunta objetividad natural, como sistema normativo supraordenado, como parámetro no solo de justicia sino también de validez, al derecho produ-

4. Introducción a este volumen, *infra*, p. 24.
5. «Iusnaturalismo y positivismo jurídico» (1962), *infra*, p. 129.
6. *Ibid.*, pp. 123. «En esta contraposición se trata de la vieja distinción entre una concepción voluntarista (*ratione imperii*) y una racionalista (*imperio rationis*) del derecho» (*ibid.*, p. 131).

cido por los hombres[7]. Pero Bobbio muestra además la asimetría y, por consiguiente, la compatibilidad entre estas dos orientaciones entendidas como dos modos distintos de aproximarse al derecho: el positivismo jurídico como «toma de conocimiento» y el iusnaturalismo como «toma de posición»[8]; uno como aproximación caracterizada por «una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, con otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo»[9]; y el otro como actitud crítica frente a las leyes positivas sobre la base de principios o valores de justicia externos a ellas[10].

En este último sentido, afirma Bobbio, la aproximación iusnaturalista es plenamente legítima y ha desempeñado, y puede seguir desempeñando, una función histórica indiscutible para la transformación y el diseño del derecho positivo existente. Parafraseando una terminología de Herbert L. A. Hart, podríamos decir que el positivismo jurídico expresa, en el estudio del derecho positivo, el punto de vista interno al mismo, mientras que el iusnaturalismo expresa el punto de vista axiológico externo[11]. Pero también en este sentido la aproximación iusnaturalista es criticada por Bobbio a causa de un vicio de fondo: la insostenible teoría objetivista de la moral que está en su base y de la que él mismo, en la tercera parte del volumen, muestra las numerosas falacias[12]. Por lo demás, concluye Bobbio, ese mismo papel crítico y constructivo puede perfectamente ser desempeñado, tanto en el pasado como en el presente, de forma más pertinente y sin la sospechosa metafísica del objetivismo y el cognitivismo ético, por otras corrientes de pensamiento, como las doctrinas liberales, las socialistas, las pacifistas y similares: en suma, por las distintas filosofías políticas de la justicia.

3. La alternativa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, resuelta por Bobbio y por gran parte de la filosofía ius-analítica de los años sesenta y setenta con una clara opción a favor del positivismo jurídico, ha vuelto a aflorar con fuerza en las últimas décadas a través de una distinta

7. *Ibid.*, p. 132.
8. *Ibid.*, p. 136.
9. «Aspectos del positivismo jurídico» (1961), *infra*, p. 105.
10. «Iusnaturalismo y positivismo jurídico», *infra*, pp. 133-137.
11. En realidad, el «punto de vista externo» del que habla Hart no es el punto de vista axiológico de la justicia, sino el punto de vista sociológico de la efectividad o de la explicación causal (H. L. A. Hart, *The Concept of Law* [1961], trad. it. de M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Turín, 1965, pp. 68 ss., 106 ss. y 121) [*El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 110 ss., 128 ss. y 148].
12. «El iusnaturalismo como teoría de la moral» (1963), *infra*, pp. 176-178.

manera de concebir las constituciones de la segunda posguerra y el constitucionalismo: como conjuntos de principios morales objeto de ponderación legislativa o judicial, o como sistemas de límites y vínculos de derecho positivo rígidamente impuestos a todos los poderes públicos.

Ha vuelto a plantearse así, a distancia de casi medio siglo, si bien en términos profundamente distintos, una situación análoga a la de la segunda posguerra, recordada por Bobbio desde las primeras páginas de esta recopilación. Después de años de indiscutido dominio del positivismo jurídico, la caída de los regímenes totalitarios dio paso, sobre todo en Italia y en Alemania, a un renacimiento del derecho natural como «derecho vigente», dictado por el imperativo moral de no acreditar como válidas las leyes intolerablemente injustas impuestas por las dictaduras[13]. En nuestros días, el ataque al positivismo jurídico como aproximación cuando menos insuficiente para dar cuenta de la naturaleza y el funcionamiento de nuestras democracias constitucionales retorna hoy sobre la base de una relación invertida entre derecho y moral: en su día, por el extremo disvalor moral del derecho positivo frente a los principios irrenunciables de justicia; ahora, por el innegable valor moral de los principios constitucionales de libertad y justicia frente al resto del derecho positivo.

Recuerdo perfectamente, por haberla vivido en primera persona, aquella fase de la filosofía jurídica. En esa época, al menos entre los filósofos del derecho de formación analítica, el positivismo jurídico era un punto de partida que se daba por descontado, exactamente igual que «en torno a los años treinta» recordados por Bobbio como los años de su formación, cuando «la teoría del positivismo jurídico era dominante» y «el derecho natural era considerado un residuo de actitudes no científicas y había que desenmascararlo en todos aquellos lugares en los que pudiera aparecer»[14]. Por entonces, solo se mantenían en posiciones antipositivistas algunos rezagados filósofos de formación católica. Hoy, de nuevo como al final de la guerra, vemos a muchos juristas y filósofos que «dejan caer sin remordimientos al positivismo en el montón de antiguallas entre las que, pocos años antes, yacía el derecho natural, en estado de completo abandono» y se dan cita bajo las inciertas etiquetas del «no-positivismo» o el «post-positivismo». De este modo, hoy como ayer, volvemos a estar «escindidos entre la fidelidad a nuestro origen y la inevitable seducción de aquello que se presenta con el aspecto de lo inesperado y lo nuevo»[15].

13. «Situación y orientaciones» (1959), § 2, «El retorno del derecho natural», *infra*, pp. 35-37.
14. Introducción a este volumen, p. 25.
15. *Ibid.*

Ni la seducción de lo «nuevo», ni los argumentos a favor del giro, por lo demás, han cambiado sustancialmente. Hoy como ayer, la «revuelta contra el formalismo» y el positivismo se manifiesta en la «recuperación», particularmente en las disciplinas internacionalistas, del derecho de «formación espontánea», «inmediatamente vinculado a la realidad histórica completa y no limitado a reglas formalmente establecidas» —ayer el «derecho consuetudinario», hoy la *lex mercatoria*— y, por otro lado, en la revalorización del poder «cuasi-creativo» del juez en la integración del derecho positivo[16]. Hoy como ayer, la reacción antiformalista se ha manifestado, en el plano metodológico, en «la mayor atención prestada al estudio del problema de la decisión judicial» y en el «reconocimiento de una mayor libertad del intérprete»: ayer, por medio de la «ampliación de los instrumentos hermenéuticos», el «reconocimiento de una mayor libertad del intérprete» y la constatación realista del «valor creativo de la interpretación jurídica» en las obras de, por ejemplo, Emilio Betti y de Tullio Ascarelli[17]; hoy, de nuevo, a través del desarrollo y la importancia atribuida, no sin buenos motivos, a la teoría de la argumentación.

De aquí la extraordinaria actualidad de estas páginas bobbianas como fuente, de valor todavía inestimable, de clarificaciones conceptuales e indicaciones metodológicas o, al menos, de reflexión sobre el desarrollo pendular del pensamiento jurídico. La pregunta que a distancia de medio siglo nos plantea este libro es si la defensa que en él se ofrece del positivismo jurídico como aproximación metodológica y como teoría del derecho ha entrado en crisis a raíz de la constitucionalización rígida de los principios morales de justicia y los derechos fundamentales, sin duda en gran medida heredados de la tradición iusnaturalista, o si, por el contrario, dicha aproximación conserva todavía intacto su valor teórico y pragmático. Se trata, en última instancia, de la vieja cuestión de la separación o de la conexión entre derecho y moral, o entre validez y justicia, que hoy vuelve a dividir profundamente la cultura ius-filosófica: si es preciso afirmar todavía y defender la tesis de la separación, como fue formulada por Jeremy Bentham y John Austin, y retomada por Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart y el propio Bobbio, o si por el contrario es preciso afirmar, como sostienen los partidarios de las actuales doctrinas «neoconstitucionalistas», la tesis contraria de la conexión entre derecho y moral.

Pues bien, el análisis conceptual al que Bobbio ha sometido al positivismo jurídico y al iusnaturalismo puede ser todavía de gran ayuda, a mi juicio, para plantear correctamente los términos de la cuestión. «La

16. Son las tesis defendidas por los internacionalistas Roberto Ago y Giuseppe Barile citadas por Bobbio en «Situación y orientaciones», *infra*, pp. 39 s.
17. *Ibid.*, p. 42.

positividad no es en sí misma un valor», escribe Bobbio en el penúltimo capítulo del libro, dado que la expresión «derecho positivo», como por lo demás la expresión «antitética» derecho natural, «permanece completamente muda con respecto al contenido de las prescripciones» positivizadas y designa, más bien, «un posible fundamento para la aceptación y la imposición de un valor cualquiera»[18], tanto democrático como antidemocrático, liberal o antiliberal, social o antisocial. «En el molde de la legalidad», había escrito gráficamente Pietro Calamandrei algunos años antes, «se puede vaciar oro o plomo»[19]. Y esto vale tanto para la legalidad ordinaria como para la legalidad constitucional. También las constituciones pueden contener normas (que consideramos) injustas o, peor aún, pueden ser (consideradas) en su conjunto totalmente injustas cuando sus contenidos sean, por hipótesis, antiliberales o antidemocráticos.

Es aquí donde reside el carácter formal, reivindicado por Bobbio tras las huellas de Kelsen, de todos los conceptos teóricos, como los conceptos de norma, validez, ordenamiento y también, por tanto, de ley, derechos fundamentales y constitución. Y este es el sentido de la tesis de la separación entre derecho y moral, mediante la cual no se pretende en absoluto decir que las normas jurídicas no tengan contenidos morales (o inmorales), ni que no deban tener contenidos moralmente valiosos o que su interpretación, cuando las normas se expresan en términos morales, no requiera, como la de todas las normas formuladas en términos vagos o valorativos, decisiones interpretativas orientadas por opciones morales o, en todo caso, por juicios de valor. Lo que con ella se quiere decir es solamente que la validez de las normas jurídicas no implica su justicia, y que esta no es implicada por aquella, sino que depende únicamente de su conformidad y su coherencia con otras normas, formales y sustanciales, sobre su producción. En este sentido, la fórmula de la separación equivale, en los ordenamientos codificados, a un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente. Es más, dicha fórmula expresa el significado mismo del positivismo jurídico, pues equivale a la tesis según la cual es «derecho» cualquier conjunto de normas creadas por quien está autorizado para producirlas, independientemente de sus contenidos y, por tanto, de su posible injusticia[20]. No solo.

18. «El iusnaturalismo como teoría de la moral» (1963), *infra*, p. 173.
19. P. Calamandrei, «Prefacio» a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 65.
20. En este sentido H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. de M. G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Turín, 1966, cap. V, § 34, i, p. 247 [*Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, Porrúa-UNAM, México D.F., 1979, p. 228]: «No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico»; H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., cap. IX, § 1, p. 217 [trad. cast. cit., p. 230]: «Aquí entenderemos por *positivismo jurídico* la afir-

Esta misma tesis permite fundar la autonomía y, en última instancia, la primacía del punto de vista moral como punto de vista externo y crítico frente al derecho positivo, respecto del que sirve por tanto para impedir formas de legitimación apriorística como derecho justo por el mero hecho de ser derecho vigente.

4. La crítica de la fórmula de la separación y el ataque al positivismo jurídico fueron inaugurados por Ronald Dworkin con su *Taking Rights Seriously* de 1977 y retomados y ampliados por Robert Alexy, Carlos Nino, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, que han sostenido la tesis perfectamente contraria de la conexión entre derecho y moral. Esta tesis, hoy seguida por muchos, es defendida ya no sobre la base de una duplicación del derecho, esto es, de postular un derecho natural supraordenado al derecho positivo, sino en el marco de una distinción en sentido fuerte entre principios y reglas y de la configuración de los primeros, empezando por los constitucionales, como principios morales cualitativa y estructuralmente diferentes a las segundas[21], por susceptibles de ponderación y no de rígida aplicación.

La conexión, en esta nueva versión, no se limita a afirmar que los principios constitucionales tienen contenidos (que consideramos) morales (o inmorales), o que van acompañados de una pretensión (subjetiva) de justicia, o que precisan interpretaciones argumentadas conforme a los cánones propios (también) de los razonamientos morales. Estas son tesis absolutamente descontadas, que valen para cualquier clase de norma y que ninguna persona de sentido común ha negado nunca. La tesis de la conexión, gracias a un deslizamiento semántico asociado a estas banalidades por la implícita adhesión ético-política a los contenidos morales expresados por los principios constitucionales, afirma que *la* justicia en

mación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así»; Id., *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), trad. it., «Il positivismo e la separazione tra diritto e morale», en V. Frosini (ed.), *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, § 2, pp. 119-120, nota [*Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962], donde «la afirmación de que no hay conexión entre derecho y moral, esto es, entre el derecho que es y el derecho que debe ser» viene a identificarse con uno de los significados posibles de «positivismo jurídico».

21. Por «distinción en sentido fuerte» se entiende, en la literatura neoconstitucionalista, la tesis, mantenida por los autores citados en el texto, según la cual, a diferencia de las reglas, aplicadas de forma perentoria a los supuestos en ellas previstos, los principios se respetan y se ponderan pues se caracterizan por una mayor indeterminación, por estar formulados en términos morales y por la situación de conflicto recíproco en la que a menudo se encuentran. Sostienen, por el contrario, la tesis de una «distinción en sentido débil» quienes consideran que entre principios y reglas existe una diferencia meramente cuantitativa, consistente en el distinto grado —mayor en los principios, menor en las reglas— en el que las tales características aparecen en todas las normas.

algún sentido objetivo de la palabra, y no simplemente el respeto a los principios de justicia contingentemente positivizados en las constituciones, es una condición de la validez de las normas jurídicas, de modo que una norma (al menos cuando es excesivamente) injusta no es válida. Poco importa que *la* justicia se identifique con los mismos principios de justicia formulados en las constituciones o, por el contrario, con valores ético-políticos subyacentes y, además, superiores. En ambos casos, la tesis de la conexión supone una forma de objetivismo ético, declinado en el primer caso en sentido ético-legalista y en el segundo en sentido iusnaturalista. De ahí el valor que todavía conservan las críticas que Bobbio dirige a la teoría objetivista de la moral, tanto la de tipo iusnaturalista como, más genéricamente, de tipo post-positivista o no-positivista: desde la «crítica historicista», que muestra la inexistencia de «principios éticos autoevidentes con valor absoluto y universal»[22], hasta la falacia naturalista de la indebida derivación, incluso aunque se admitiera la «objetividad de la moral» en cualquiera de los sentidos de esta expresión —en el sentido de alguna clase de nexo con la «naturaleza» o, también, en el de un acuerdo unánime «sobre aquello que es natural» o «sobre aquello que es justo»—, de los juicios de valor a partir de los juicios de hecho[23].

No se trata de una cuestión puramente académica. Un constitucionalismo así entendido corre el riesgo de desembocar —en la perspectiva de quienes no creen que exista objetivamente *la* moral o *la* justicia o que se pueda hablar de *verdades* morales o políticas, o que cuando menos admiten la legitimidad de puntos de vista morales y políticos diferentes entre sí, que las constituciones tienen precisamente el deber de garantizar y hacer convivir— en la deslegitimación como «falsas» de las tesis morales que no reflejan una objetividad moral como la que se está presuponiendo y, por tanto, en la tendencial negación, más allá de las intenciones, del pluralismo moral y político y de la laicidad del derecho y las instituciones. Además, y dado que a esto se añade la configuración de los derechos constitucionalmente establecidos como principios abocados a la ponderación y, por tanto, susceptibles de derogación, y no como reglas cuya aplicación es requerida en caso de violación, una

22. «Iusnaturalismo y positivismo jurídico», *infra*, p. 126. Es el argumento de Cesare Beccaria: «Quien lea con ojos de filósofo los códigos de las naciones y sus anales, hallará casi siempre que los nombres de *vicio* y de *virtud*, de *buen ciudadano* o de reo cambian con las revoluciones de los siglos [...] Verá muy a menudo que las pasiones de un siglo son la base de la moral de los siglos futuros, que las pasiones violentas, hijas del fanatismo y del entusiasmo, debilitadas y corroídas, cabe decir, por el paso del tiempo, que lleva todos los fenómenos físicos y morales al equilibrio, se convierten poco a poco en la prudencia del siglo y en instrumento útil en manos del fuerte y del advertido» (*De los delitos y de las penas*, cit., § VI, p. 131).

23. «Algunos argumentos contra el derecho natural» (1958), *infra*, pp. 163-165 y 168.

concepción semejante del constitucionalismo corre el riesgo de debilitar la normatividad de las constituciones frente al legislador, apoyando y promoviendo, más allá de sus márgenes inevitables, la discrecionalidad y el activismo judicial, minando de esta forma la jerarquía de las fuentes y la separación de los poderes[24].

5. Hay, sin embargo, una aporía en la concepción de Bobbio del positivismo jurídico que merece la pena señalar. La identificación del iuspositivismo, entendido como aproximación al derecho «que es» como el único «derecho del que debe ocuparse el jurista», según la definición recordada en el § 2, es todavía defendible, en los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, pero con una condición: que se reconozca que al «derecho que es», esto es, al «derecho real» o «como hecho» pertenece también, y además con rango normativamente superior, su «deber ser jurídico», establecido por las constituciones, del cual, por tanto, cualquier enfoque que quiera considerarse «iuspositivista» no puede dejar de ocuparse[25]. Diría, incluso, que es sobre todo este deber ser positivizado del derecho el que debe ser tomado por el jurista como objeto principal de análisis explicativo y como parámetro principal de valoración normativa; pero una valoración que es, obsérvese, enteramente jurídica o interna, es decir, realizada en el plano mismo del derecho positivo. De ahí derivan dos tesis: una de carácter teórico y otra de carácter metateórico, ambas esenciales para dar cuenta del paradigma de ese específico iuspositivismo constitucional que ha llegado a realizarse con el constitucionalismo rígido de las actuales democracias avanzadas.

La primera tesis se refiere a la teoría de la validez. En presencia de constituciones rígidas ha dejado de ser sostenible la tesis kelseniana, retomada por Bobbio, de la equivalencia entre validez y existencia de las normas jurídicas[26]. La validez de las leyes, en particular, ya no depende

24. He señalado estos peligros en «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista»: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* 34 (2011), pp. 15-53.

25. Pertenece, en otras palabras, al «derecho positivo» entendido como derecho «puesto» por quien está autorizado para producirlo, tal como lo define el propio Bobbio: «Si se acepta llamar derecho positivo al derecho vigente en una determinada sociedad, esto es, el complejo de reglas emanadas según procedimientos establecidos, que son habitualmente obedecidas por los ciudadanos y aplicadas por los jueces, se puede definir 'positivismo jurídico' cualquier teoría del derecho que parta del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo: esto es algo diferente a afirmar que 'no existe otro derecho que el derecho positivo'» («Aspectos del positivismo jurídico», *infra*, p. 106).

26. «El problema de la *validez* es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre su contenido de justicia. Mientras que el problema de esta se resuelve con un juicio de valor, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho. Esto es, se trata de comprobar si la regla existe o no, o mejor, si determinada regla, así como es, es una regla jurídica» (N. Bobbio, «Teoría de la norma jurídica» [1958], en *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, p. 34). Es la tesis constantemente defendida por Kelsen, que elaboró también la teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico y del control de constitucionalidad de las leyes como una especie de postulado lógico en virtud del cual la idea misma de una norma inválida equivaldría a una «contradicción en los términos» que rompería «la unidad del sistema» jurídico: «Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico quedaría eliminada. Pues una norma 'contraria a norma' es una autocontradicción» (*La dottrina pura del diritto*, cit., § 35, I, p. 298 [*Teoría pura del Derecho*, cit., p. 274]).

27. Es cierto que Bobbio, en un ensayo de 1955, «Sul ragionamento dei giuristi», reeditado en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti* (Giappichelli, Turín, 1989, vol. II, § 5, pp. 167-169), había distinguido entre «validez formal», predicable de una norma «solo si ha sido puesta por una norma válida superior», y «validez material», predicable de una norma «solo si la prescripción en ella contenida es lógicamente coherente con las demás normas válidas del ordenamiento». Sin embargo, ni siquiera en este ensayo Bobbio habla de «invalidez material» (o «sustancial»), ni tampoco de invalidez constitucional de las leyes. La constitución, incluso, no llega a ser nunca mencionada.

28. «Todas estas reglas establecen *cómo* se debe llegar a la decisión política y no *qué* se debe decidir» («Democrazia», en N. Bobbio y N. Matteucci [dirs.], *Dizionario di politica*, Utet, Turín, 1976, IX, p. 304 [*Diccionario de política*, trad. de J. Aricó y J. Tula, México, Siglo XXI, 1981-1982, vol. I, p. 450]). Se trata de la bien conocida concepción puramente formal y procedimental de la democracia, que no por simple casualidad encuentra su correlato en una concepción solamente formal y procedimental de la validez de las normas, sostenida por Bobbio, también en esto de acuerdo con Kelsen y con la mayoría de los actuales teóricos de la democracia.

solamente, como en el viejo estado legislativo de derecho, de las formas de los actos legislativos previstos por las normas sobre su formación, sino también de la sustancia de las normas legales producidas; ya no de la simple conformidad de los primeros, sino de la coherencia o compatibilidad de las segundas con las normas constitucionales jerárquicamente superiores; no solo ya, en definitiva, del «quién» y del «cómo», sino también del «qué cosa» de las decisiones normativas. De modo que pueden darse perfectamente normas inválidas: existentes en virtud de sus formas y, sin embargo, ilegítimas a causa de sus contenidos[27]. Se deriva de ello una connotación sustancial de la validez, añadida a la tradicional connotación formal, que a su vez se proyecta retroactivamente sobre la naturaleza de la democracia: la cual, análogamente, no se caracteriza únicamente por la dimensión formal o política asegurada por las reglas del juego que definen a la democracia representativa[28], sino que conlleva además la dimensión sustancial o constitucional asegurada por los límites y los vínculos de carácter sustantivo constitucionalmente impuestos a los órganos representativos por medio de los *derechos de libertad*, que ninguna mayoría puede válidamente violar, y por los *derechos sociales*, que cualquier mayoría está obligada a satisfacer.

La segunda tesis, de carácter metateórico, se refiere a la insostenibilidad del principio de la completa avaloratividad de la aproximación científica al estudio del derecho. Este principio, firmemente defendido

por Bobbio como valor deontológico además que metodológico y como «primera acepción de positivismo jurídico»[29] es, en efecto, sostenible, al igual que la tesis de la equivalencia entre validez y existencia, de la que es corolario, solo si se aplica al estado legislativo de derecho, donde la ley formalmente existente es la fuente suprema y omnipotente del ordenamiento y la ciencia jurídica y la jurisdicción se limitan a verificar su sentido. Pero ese principio se vuelve impracticable tras esa mutación de paradigma de derecho, extrañamente ignorada por Bobbio, que ha tenido lugar con las constituciones rígidas de la segunda posguerra, las cuales han positivizado, mediante la estipulación de los derechos fundamentales, el «deber ser jurídico» del derecho mismo. Este deber ser constitucional del derecho es, en efecto, un deber ser positivamente normativo, que ciertamente puede ser violado o inaplicado por las fuentes que al mismo están subordinadas, dando lugar así a un *derecho ilegítimo* aunque formalmente existente. De ahí que a la ciencia jurídica ya no le corresponda solo la tarea de verificar el sentido de las normas existentes y formalmente válidas, sino también la de valorar su invalidez sustancial y de criticar su ilegitimidad constitucional, promoviendo así su modificación por vía legislativa o jurisdiccional[30].

Las dos tesis —la teórica de la distinción entre existencia y validez de las normas y la metateórica de la función crítica de la ciencia jurídica respecto del derecho ilegítimo— están claramente conectadas entre sí (al

29. «En esta primera acepción de positivismo jurídico», escribe Bobbio, «positivista es [...] aquel que asume frente al derecho una actitud avalorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables, como el que haya sido emanada por ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas, y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores» («Aspectos del positivismo jurídico», *infra*, p. 105). Conviene recordar que también en el ensayo de 1955, anteriormente citado en la nota 27, el juicio de validez, pese a ser material, no es entendido por Bobbio como un juicio crítico o valorativo, sino que por el contrario se contrapone a los juicios de valor en términos de justicia: con él, dice Bobbio, «el jurista opera básicamente como un lógico, pues su demostración consiste en establecer ciertas premisas de las que deben derivar necesariamente ciertas conclusiones» («Sul ragionamento dei giuristi», cit., p. 168). La tesis de la avolaratividad no queda de ninguna forma comprometida; tanto es así que, en su comentario, R. Guastini, «Norberto Bobbio sul ragionamento dei giuristi», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., p. 181, afirma que precisamente este ensayo de Bobbio «se inscribe en una concepción formalista de la ciencia jurídica» y expresa una imagen del «discurso de los juristas como un discurso descriptivo».

30. Sobre la mutación de paradigma del derecho y de la democracia que se ha producido en Europa con la aparición de las constituciones rígidas de la segunda posguerra remito a mi *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchís, A. Ruiz Miguel y P. Andrés Ibáñez, 3 vols., Trotta, Madrid, 2011.

igual que las tesis opuestas) y se derivan ambas de la diferenciación deóntica, inevitablemente generada por el paradigma constitucionalista, entre el «deber ser» y el «ser» del derecho en el interior mismo del derecho positivo. ¿Qué significa, en efecto, decir que los principios constitucionales y los derechos fundamentales en ellos establecidos son de rango jerárquicamente superior y, por consiguiente, son normativos respecto de la legislación ordinaria? Significa que imponen al legislador prohibiciones de lesión y obligaciones de cumplimiento, cuya virtual inobservancia se manifiesta en antinomias y lagunas estructurales, esto es, en la indebida producción de normas inválidas o en la indebida omisión de normas de desarrollo. El viejo dilema y conflicto entre derecho natural y derecho positivo, entre justicia y validez, entre razón y voluntad ha quedado así diluido gracias a la positivación de esa específica «ley de la razón», históricamente determinada y contingente, que se realiza mediante el pacto constitucional, entendido como conjunto de límites y vínculos a la «ley de la voluntad», que en democracia es la ley del número expresada a través del sufragio universal y el principio de las mayorías. La ciencia jurídica pasa a desempeñar así, frente al derecho positivo, un papel que ya no es puramente descriptivo, sino también crítico y propositivo, del que no puede desentenderse porque está dictado por la estructura misma de su objeto de estudio. Antinomias y lagunas estructurales son, en efecto, vicios jurídicos que imponen una crítica jurídica, desde el interior del derecho mismo, y no simplemente la crítica política, externa a este.

Es esta crítica política la que le está vedada a la ciencia jurídica positiva, pues es competencia de la filosofía moral, de la filosofía política y, sobre todo, de la moral y de la política, que guían los juicios y los comportamientos de cada uno de nosotros. Excluida como imposible la avaloratividad jurídica o *interna* en la aproximación científica al estudio del derecho, se hace indispensable la enseñanza bobbiana sobre el valor de la avaloratividad política o *externa* como constitutivo del carácter científico de las disciplinas jurídicas positivas. Bajo este aspecto, el principio de la avaloratividad externa enlaza además con el principio iuspositivista de la separación entre derecho y moral o entre validez y justicia, del que no es sino su versión metodológica. Y contribuye también, junto con el principio de la normatividad interna y positiva de los principios constitucionales respecto de la totalidad de la producción jurídica, a elaborar una redefinición adecuada del positivismo constitucional de nuestros días.

INTRODUCCIÓN*

He recogido en este volumen algunos ensayos de carácter general e introductorio, escritos en los últimos diez años, y los he dividido siguiendo, en cada una de sus tres partes, un orden lógico que no siempre se corresponde con el orden cronológico. La primera parte versa sobre el problema de la naturaleza, la función y la situación presente de los estudios de filosofía del derecho; la segunda está dedicada principalmente a un análisis del positivismo jurídico; la tercera contiene una crítica y un intento de interpretación del iusnaturalismo. Como puede verse, son ejercicios sobre temas tradicionalísimos; pero son los temas de fondo a los que nadie puede escapar y ante los que todo el mundo se ve obligado a desvelar sus posiciones, a poner en discusión sus preferencias.

Cada una de las tres partes está dominada por una idea central. La primera insinúa que la filosofía del derecho, como doctrina unitaria, se ha vuelto obsoleta y que ha llegado la hora de desarticularla en varias disciplinas particulares que requieren una competencia específica. La segunda está centrada en la tesis de que tanto la crítica como la defensa del positivismo jurídico están viciadas por la falta de distinción entre método positivo, teoría del derecho positivo y ética legalista. Finalmente, la tercera quiere demostrar que el iusnaturalismo no es una moral determinada sino una determinada teoría de la moral y que, además, como teoría de la moral, carece de fundamento. Con estas afirmaciones, acompañadas de análisis críticos e históricos, me propongo ante todo trazar un itinerario, luego despejar el camino, y finalmente cerrar una vía equivocada. He dicho que estos ensayos son introductorios: en efecto, abrir el camino no es lo mismo que recorrerlo. Representan la indicación de una dirección y, quizá, de un método.

* Traducción de Andrea Greppi.

Cuando daba mis primeros pasos en este campo de estudios no estaba todavía demasiado lejana en el tiempo la superación de la gran crisis de la filosofía del derecho que había servido como pretexto para infinitas interpretaciones e invectivas a lo largo de tres décadas: había sido superada, devolviendo la filosofía del derecho al seno de la filosofía general, de nuevo soberana, señora de las ciencias y la historia. De ahí nacieron tantas corrientes en la filosofía del derecho cuantas eran las escuelas de la filosofía general: más aún, quien quisiera emprender una investigación en el campo tradicionalmente cultivado por la filosofía del derecho no tenía más remedio que adscribirse, lo quisiera o no, a una corporación filosófica. Debía tener, aunque solo fuera porque lo había tomado prestado al último minuto, un sistema. Si no era un idealista neohegeliano debía ser o neokantiano o neotomista. Nadie podía presentarse en público sin una tarjeta de identificación.

Hoy las cosas, si no me equivoco, han cambiado: lo que cuenta en los mejores trabajos de estos últimos diez años es el vino que uno ofrece, no la etiqueta que coloca en la botella. A nadie se le pide que sea idealista o existencialista: el resultado de la investigación cuenta más que la adscripción; el valor demostrado en el campo de batalla, más que la bandera. Personalmente creo que este cambio constituye un progreso y, por lo que a mí respecta, he hecho siempre todo lo posible por promoverlo. La mayoría de las páginas que siguen quisieran ser, en parte, una prueba de este cambio y, en parte, sin pecar de presuntuoso, una invitación.

Valgan estas consideraciones para explicar por qué en la gran controversia entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, a la que está dedicada gran parte de estos ensayos, me he visto naturalmente inclinado a situarme más en el papel de árbitro o, más modestamente, de juez instructor, que en el de defensor o acusador. Dos de las mejores obras de filosofía del derecho aparecidas en Italia en los últimos años —*Giusnaturalismo ed etica moderna* de Pietro Piovani (1961) y *La legge della ragione* de Guido Fassò (1964)— son, respectivamente, una firme condena y una apasionada reivindicación del iusnaturalismo: para Piovani, el iusnaturalismo ha de ser rechazado porque está en contradicción con la ética moderna, entendida esta como ética de la conciencia; para Fassò, el iusnaturalismo ha de ser recuperado porque, en cuanto ética de la razón que se contrapone a la ética voluntarista, es la única ética moderna que puede servir de base e inspirar el Estado democrático-liberal. Surge la sospecha de que una contraposición tan drástica, puesto que no puede ser el fruto de un simple malentendido, solo se explica por la diversidad de los planos en que el problema está siendo planteado. Mirando con atención, en efecto, el plano en que se sitúa Piovani es el de la antítesis «ética legalista-ética de la conciencia», donde naturalmente

el término positivo es el segundo; el plano en que se sitúa Fassò es el de la antítesis «ética racionalista-ética voluntarista», donde naturalmente el término positivo es el primero. Las dos antítesis no coinciden. Y no coinciden, como puede verse inmediatamente, porque uno de los dos términos, «iusnaturalismo», se está manejando en dos acepciones completamente diferentes. Como en varias ocasiones he tenido la oportunidad de comprobar que la discrepancia entre iusnaturalistas y positivistas es una discrepancia entre personas que hablan lenguas diferentes, me ha parecido que había llegado la hora de dar un paso atrás y examinar la naturaleza de la discrepancia antes de entrar en ella. Es una discrepancia que presenta, a mi entender, al menos tres caras: unas veces es, pura y simplemente, fruto de la sucesión natural de las escuelas; otras, es un desacuerdo entre dos concepciones opuestas e inconciliables del derecho, y otras es una fractura íntima entre nuestra educación científica y nuestras exigencias morales. Como he vivido a fondo en estos últimos treinta años esta discrepancia, en todos sus aspectos, estoy en condiciones de decir algo para evitar apresuradas tomas de posición.

Cuando nos iniciamos en el estudio de la jurisprudencia, en la década de los años treinta, la teoría del positivismo jurídico era dominante. Nos habíamos acostumbrado a pensar que, fuera de ciertos cánones transmitidos por las escuelas positivistas, no había salvación para el jurista que quisiera desempeñar seriamente su profesión: el derecho natural era considerado un residuo de actitudes no científicas y había que desenmascararlo en todos aquellos lugares en los que pudiera aparecer. Por el contrario, al final de la guerra, cambiaron las tornas: vimos cómo muchos juristas, tras un examen de conciencia, pronunciaban una completa y apresurada palinodia, se arrojaban en los brazos del renacido derecho natural y dejaban caer sin remordimientos el positivismo en el montón de antiguallas entre las que, pocos años antes, yacía el derecho natural, en estado de completo abandono. Quedamos de este modo escindidos entre la fidelidad a nuestro origen y la inevitable seducción de aquello que se presenta con el aspecto de lo inesperado y lo nuevo.

Lo más grave es que los años de nuestra formación fueron también, en Italia, los años en que el viejo régimen liberal era paulatinamente sustituido por la dictadura, con una labor de lenta erosión de sus estructuras más que de violenta transformación revolucionaria de sus instituciones. En aquella situación, la concepción positivista de respeto a ultranza de la legalidad asumió un valor progresista y liberal de resistencia a la intromisión por parte del poder ejecutivo y el partido dominante, de defensa de la libertad individual contra el arbitrio de los poderes públicos. Pero en el momento en que se impuso la dictadura y la máquina del Estado totalitario comenzó a funcionar regularmente, dando curso a la «nueva legalidad», la concepción positivista del respeto a la ley sirvió a

la perfección para el uso contrario, es decir, para inculcar la obediencia a la autoridad, para sofocar toda veleidad de resistencia, para justificar cualquier delito cometido en nombre de una orden recibida de un poder al menos formalmente legítimo. Nos encontramos así, aunque a nuestra costa, en la mejor situación para darnos cuenta de la extrema inestabilidad de las ideologías jurídicas, cuyo valor progresista o reaccionario depende de las circunstancias históricas en que son sostenidas y de los partidos que las reclaman. Kelsen ha observado repetidamente que al lado del iusnaturalismo progresista —que es el único que suele mencionarse— existe también un iusnaturalismo conservador. Por las mismas razones, puede decirse que al lado del positivismo reaccionario, contra el cual se ha librado desde hace años la batalla, ha existido también un positivismo liberal.

Además de ser un conflicto entre generaciones o entre concepciones del derecho, la oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico surge, finalmente, dentro de cada uno de nosotros, entre nuestra vocación científica y nuestra conciencia moral, entre nuestra profesión de científicos y nuestra misión como hombres. Hay al menos un significado de «positivismo jurídico» según el cual parece que solo aceptando el método de investigación utilizado y recomendado por el positivismo es posible aproximarse a ese ideal de rigor sin el que no existe ciencia en el sentido tradicional de la palabra, sino tan solo opinión. Y hay también por lo menos un sentido de iusnaturalismo según el cual solo la apelación a valores últimos, que trascienden todas las leyes positivas, impuestas o justificadas por quienquiera que sea, puede salvar, en última y desesperada instancia, la libertad de la conciencia y, al mismo tiempo, la austeridad e integridad de nuestra vida moral. En calidad de científicos tenemos continuamente la tentación de defender algunas exigencias del positivismo, con el mismo empeño y la misma coherencia (aunque pueda parecer lo contrario) con la que defendemos las razones últimas del iusnaturalismo en tanto que hombres libres. Existe, por tanto, un límite entre positivismo y iusnaturalismo que parte en dos nuestra persona y en virtud del cual se termina siendo positivista o iusnaturalista, no tanto según los tiempos o las circunstancias, sino simplemente según el papel que desempeñamos en la sociedad*.

* La antigua edición castellana de esta Introducción (en N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1965) concluía con el siguiente párrafo, ausente en la versión italiana: «Precisamente, por haber vivido a fondo los motivos de la oposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo no he creído nunca poder alistarme decididamente en uno u otro bando. Si he mostrado simpatías iusnaturalistas en la época del positivismo triunfante, también he mostrado simpatías positivistas (tanto en la defensa de Kelsen como en la búsqueda de argumentos contrarios al derecho natural) en estos últimos años de renovado iusnaturalismo. Más que alistarme en uno de los dos bandos, he preferido, en estas páginas, tratar de aclarar la complejidad de los términos de la oposición, la imposibilidad de reducir el problema de sus relaciones a una sola alternativa y, en definitiva, demostrar las razones por las cuales el alistamiento en uno u otro bando es a menudo el fruto de una elección irracional y no de una reflexión meditada» [*N. del T.*].

Dedico este libro a Alessandro Passerin d'Entrèves y a Renato Treves, con quienes, desde hace ya más de treinta años, mantengo un amistoso y fecundo coloquio.

Turín, marzo de 1965

NORBERTO BOBBIO

Primera Parte

DERECHO Y FILOSOFÍA

PREMISA

Que juristas y filósofos del derecho estén dispuestos hoy a encontrarse, a discutir, a embarcarse en empresas comunes de análisis e investigación es, en parte, una constatación y, en parte, poco más que una aspiración. La constatación emerge con bastante claridad en el primer ensayo, donde se expone el estado del debate sobre los principios y el método en los primeros quince años después de la guerra y que podría llevar por título «los juristas puestos a prueba». La aspiración, en cambio, es consecuencia de la perspectiva filosófica expuesta principalmente en el segundo ensayo, donde se rechaza la concepción de la filosofía del derecho como filosofía aplicada, o de las falsas etiquetas, y se defiende la filosofía del derecho hecha por juristas contra la hecha por filósofos. Tanto la constatación como la aspiración sirven para comprender mejor la desarticulación de la filosofía del derecho en disciplinas particulares, propuesta en el tercer ensayo. Terminada la cohabitación forzosa que había dado a la filosofía del derecho tradicional, cuando se la conocía por otro nombre, el carácter de una enciclopedia jurídica, termina también la unidad ficticia creada por la filosofía especulativa mediante la mutilación de partes vivas o mediante esa oscuridad sublime en la que todos los conceptos acaban perdiendo su contorno.

Una de las maneras de entrar en el núcleo de la disputa ha consistido en intentar iluminar, con herramientas más afinadas y sensibles, la antítesis que ha dominado siempre el panorama de la historia del pensamiento jurídico, la que existe entre positivismo jurídico y iusnaturalismo. A una interpretación crítica del positivismo jurídico está dedicada la segunda parte, seguida de un apéndice; a una crítica interpretativa del iusnaturalismo, la tercera, seguida de dos apéndices.

1

SITUACIÓN Y ORIENTACIONES*

1. *Nuevos problemas*

En los primeros años tras el final de la guerra, en la literatura jurídica italiana abundaron los exámenes de conciencia. Era como si la dictadura, con sus desmanes, la guerra, con sus ruinas, y la liberación, con sus problemas, hubieran interrumpido bruscamente la calma que reinaba en los últimos cincuenta años. Por citar uno solo de nuestros mayores juristas, Arturo Carlo Jemolo, en un artículo titulado «Confessioni di un giurista», escribía en 1947: «Juristas y no juristas, sobre todo en aquellas zonas de Italia que habían sufrido la ocupación alemana, nos dimos cuenta de que la vida moral no puede reducirse a fórmulas, por más que nos parezcan las más fiables, las más omnicomprensivas»[1]. Le seguía Piero Calamandrei, en 1950, que en la inauguración de un congreso internacional de derecho procesal civil, celebrado en Florencia, lamentaba esa especie de «infatuación científica» que lleva a los cultores del derecho «a creer que nuestras construcciones lógicas, nuestros sistemas, son más verdaderos, más reales, se podría decir, que la realidad práctica que se vive en las aulas de los tribunales»[2]. La crisis del derecho se convirtió en un tema dominante y obligado: surgió una verdadera literatura de la crisis. No había discurso general en torno al derecho que no comenzara, ritualmente, con una referencia a la crisis y a la angustia por la crisis[3]. Hasta tal punto que hubo incluso quien habló, aunque un poco de

* Traducción de Andrea Greppi.

1. *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milán, 1957, p. 118.
2. *Studi sul proceso civile*, CEDAM, Padua, 1957, VI, p. 10.
3. Cf. las conferencias recogidas en el volumen *La crisi del Diritto*, CEDAM, Padua, 1953. Véase una discusión general del problema en G. Tarello, *Sul problema della crisi del diritto*, Giappichelli, Turín, 1957.

oídas, de existencialismo jurídico[4] y consiguió despertar cierto interés[5]. Quien expresó de la forma más dramática e intensa este turbulento estado de ánimo, que era casi desorientación frente a la enorme dimensión de los acontecimientos, fue Giuseppe Capograssi, filósofo del derecho y moralista, fallecido hace algunos años, cuyas páginas apasionadas, atormentadas, de una lucidez casi desesperada, tuvieron entre los juristas una resonancia que hasta entonces ningún filósofo había tenido. En ensayos como *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), *Incertezze sull'individuo* (1953), *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953) y *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo* (1955) expuso las líneas maestras de una fenomenología del Estado totalitario y sus efectos, analizó el estado de indigencia del individuo tras las grandes transformaciones políticas y morales, e intentó apuntar en medio del desorden algunas perspectivas para el porvenir.

Que el derecho estaba en crisis era opinión unánime; pero sobre las causas, el significado y los remedios de esa crisis los pareceres eran discordantes. Unas veces se trataba de la crisis del Estado de derecho; otras, del principio de legalidad y seguridad jurídica, de la ciencia jurídica, del sentimiento de justicia. Había quienes ponían el acento en unos factores y quienes en otros. Pese a la disparidad de los reproches, los lamentos y los diagnósticos, saltaba a la vista un estado de ánimo común y, más concretamente, la convicción de que quizá los juristas también habían tenido una parte de responsabilidad en la crisis, por la resignada adoración de la ley positiva, la extrema acentuación del tecnicismo que había ocultado la visión de los fundamentos y el fin último del derecho, y la excesiva confianza en la construcción y en el sistema. Si quisiéramos definir de manera sintética esta situación podríamos hablar de «revuelta contra el formalismo». En esta revuelta confluían varios intereses polémicos, de diferente procedencia, pero inspirados por un propósito similar de revisión de las teorías jurídicas dominantes hasta entonces. De estas actitudes hay cuatro que me parecen fundamentales y merecen un análisis pormenorizado (a ellas estarán dedicados, respectivamente, los apartados 2-5): 1) una crítica del positivismo jurídico en defensa del derecho natural; 2) una crítica del estatalismo en favor de una recuperación y ampliación de la teoría institucional del derecho; 3) una crítica del legalismo que habría debido abrir la vía para una revisión del problema de las fuentes del derecho; 4) una crítica del conceptualismo jurídico en nombre de formas menos rígidas de interpretación y de una jurisprudencia más abierta al estudio empírico del derecho. Se trataba, como

4. F. Carnelutti, «Esistenzialismo giuridico»: *Foro italiano* LXXII/4 (1949), pp. 1-4.
5. B. Biondi, «Esistenzialismo giuridico e giurisprudenza romana», en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, CEDAM, Padua, 1950, I, pp. 99-116.

bien puede verse, de una serie de problemas clásicos de la filosofía del derecho: el problema de la justificación ética del derecho, el problema de la relación entre derecho y Estado, el de las fuentes del derecho y, por último, el de la ciencia jurídica, su función y sus métodos. En la discusión sobre cada uno de estos cuatro problemas se puso el acento sobre aquello que, en la concepción hasta entonces dominante, se había vuelto irremediablemente caduco y al antiguo formalismo se contrapuso, en cada uno de estos campos, una orientación más abierta al estudio de los presupuestos éticos y de los fines sociales del derecho. Los exámenes de conciencia desembocaron, por lo general, en actos de contrición, en correcciones, en firmes propósitos de renovación radical.

2. *El retorno del derecho natural*

Como primer remedio a la declarada crisis del derecho se invocó, sobre todo desde el lado de los juristas católicos, el retorno al derecho natural. Se acusó al positivismo jurídico de no haber reconocido más derecho que el derecho puesto por el Estado y, por tanto, de no conocer otro criterio para distinguir el derecho válido del derecho inválido que el criterio meramente formal de la pertenencia a un sistema dinámico (en sentido kelseniano). Las leyes restrictivas de la libertad, las leyes raciales y, en general, las leyes fascistas que habían violado algunos principios fundamentales sobre los que se sostenía el Estado liberal habían vuelto a poner sobre la mesa la vieja pregunta: «¿Debe obedecer el ciudadano a las leyes injustas?». En la concepción positivista del derecho una pregunta como esta no podía siquiera ser planteada, porque el criterio formal permitía distinguir las leyes válidas de las que no eran válidas y no las leyes justas de las injustas. La distinción entre ley justa y ley injusta precisaba un criterio material de distinción que la identificación del derecho con la ley formalmente válida no estaba en condiciones de proporcionar; precisaba, por tanto, un criterio de valoración en virtud del cual las leyes fueran enjuiciadas también respecto de su contenido. Este criterio solo podía ofrecerlo un derecho cuyas reglas fueran válidas no ya a causa de la autoridad que las había establecido, sino por su correspondencia con algunos valores supremos, reconocidos como merecedores de ser perseguidos: y este derecho era, conforme a la tradición, el derecho natural. El problema no era meramente teórico: reconocida la existencia del derecho natural, se seguía que una ley positiva, para ser obligatoria, no bastaba que fuera formalmente válida, sino que debía serlo también materialmente; en otras palabras, no bastaba que hubiera sido formalmente promulgada, sino que debía ser también coincidente con el derecho natural, es decir, justa. Y entonces, puesto que solo

la ley válida es obligatoria, y solo la ley válida debe ser obedecida, la ley injusta, aunque formalmente válida, no es obligatoria y no debe ser obedecida. Pero, para esto, era necesario que el derecho natural pudiera ser reconocido como derecho válido, esto es, no como un conjunto de principios ideales en los que se inspira el derecho positivo, según los tiempos y las circunstancias, sino como un conjunto de reglas obligatorias para todos los seres humanos y, por tanto, también para los legisladores, como derecho en el mismo sentido que el derecho positivo.

La fórmula «derecho natural vigente» nace en un congreso celebrado en junio de 1949 y de un debate en las páginas de la revista de juristas católicos *Justitia*: esta formulación representaba una toma de posición, de un lado, contra los juristas que no reconocían más derecho vigente que el derecho positivo y, de otro, contra la escuelas idealistas, dominantes en Italia en las primeras décadas del siglo, las cuales o bien habían negado el derecho natural (idealismo neohegeliano) o lo habían considerado como una pura idea de la razón (idealismo neokantiano)[6]. En cuanto «vigente», el derecho natural era derecho en la misma medida que lo era el derecho positivo y, por tanto, era inmediatamente obligatorio; en cuanto «natural», era jerárquicamente superior al derecho positivo, de manera que una ley, para ser válida, tenía que ser también justa, con lo que a la pregunta sobre si el ciudadano tiene la obligación de obedecer a una ley injusta la respuesta debía ser negativa.

La exposición más acabada de esta doctrina radical fue la del padre jesuita Salvatore Lener, quien propuso esta alternativa: o se renuncia a distinguir entre derecho y violencia o hay que considerar necesaria en los ordenamientos positivos la inmanencia de un orden de justicia, cuya validez trasciende a la que es propia del ordenamiento positivo. El derecho natural tenía la función de completar el derecho positivo, y cuando esa función era reconocida, la obediencia al derecho positivo encontraba un límite[7]. A la definición formal del derecho, propia de los juristas positivos, los nuevos jusnaturalistas contrapusieron una definición material, como la siguiente: «El derecho es el conjunto de normas que regulan, de conformidad con el orden natural, las relaciones de la vida social, con el fin de garantizar, mediante la convivencia ordenada y la cooperación social, el logro del bien común»[8]. Y hubo incluso quienes, considerando el orden natural como orden racional, afirmaron que una ley contraria a la razón no era válida y que para declarar su invalidez no era necesario derogarla[9]. A una afirmación de este tenor no había llegado siquiera el pontífice, el cual en un discurso, hoy ampliamente conocido y debatido, en junio de 1949, enumerando algunas «normas fundamentales» de la conducta de los jueces, había afirmado que «los jueces no pueden en ningún caso reconocer expresamente y aprobar una ley injusta», pero había añadido enseguida que la no aprobación de la ley injusta no implica siempre y en todo caso el deber de no aplicarla.

6. Las actas del congreso y otros escritos sobre el tema se encuentran recogidos en el volumen *Il diritto naturale vigente*, Studium, Roma, 1951.

7. S. Lener, «La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della chiesa», en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, cit., I, pp. 345-388.

8. E. Garbagnati, «Il giudice di fronte alla legge ingiusta»: *Ius* (n.s.) II (1951), p. 437.

3. *Pluralismo jurídico*

Si una de las consecuencias del positivismo jurídico era la reducción del derecho a derecho estatal o, como se dijo entonces, la concepción monista del derecho, lo cierto es que el Estado totalitario llegó a ser visto como la máxima expresión del positivismo. No faltaron, tanto en Italia como en Alemania, quienes atribuyeron a las doctrinas positivistas, que confiaban al Estado el monopolio de la producción jurídica, una grave responsabilidad por el totalitarismo o, al menos, por el escaso espíritu de resistencia de los juristas ante los excesos de la dictadura y los diversos intentos de justificarla. Hubo incluso quienes consideraron el Estado totalitario como la consecuencia natural del positivismo jurídico que, al no reconocer más ordenamiento que el del Estado, había contribuido al proceso de formación del Estado moderno, desarrollado a través de la progresiva deslegitimación de los entes inferiores.

Este aspecto de la crisis del derecho es el que hizo que los movimientos de reacción contra el positivismo se volvieran hacia la teoría institucional, o de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, que fue restaurada con todos los honores. A diferencia de la doctrina del derecho natural, de antiguos orígenes, pero poco grata a los juristas, la teoría institucional del derecho había tenido en Italia antes del fascismo, por mérito de Santi Romano, una amplia difusión, y no le habían faltado reconocimientos y aplicaciones incluso durante el fascismo[10]. Uno de los debates que más pasión suscitó, y todavía suscita, entre filósofos del derecho y juristas en Italia —en un panorama de la teoría del derecho italiana en las últimas décadas este sería un punto de partida casi obligado— es si el derecho es norma o institución, si es lícito hablar de ordenamientos jurídicos en referencia a grupos organizados que no sean el Estado. Por más

9. D. Barbero, «Rivalutazione del diritto naturale»: *Ius* (n.s.), III (1952), pp. 491-508.

10. Una de las primeras y más interesantes aplicaciones de la teoría institucional al estudio de problemas jurídicos concretos fue la de W. Cesarini Sforza, «Il diritto dei privati»: *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (n.s.), IV (1929), pp. 43-124.

que la ciencia oficial siguiera anclada en el dogma de la estatalidad del derecho, la teoría del pluralismo jurídico nunca fue abandonada. La crisis del Estado le reabrió las puertas: un joven filósofo del derecho, en un libro de 1953, *La storia come esperienza giuridica*, tomó la institución, ampliada hasta incluir en ella toda forma de organización social (también la relación jurídica es considerada, en esta obra, una institución), como la noción clave de la experiencia jurídica. La historia humana, contemplada desde el punto de vista de la institución, resulta más movida y articulada que desde el punto de vista de la teoría estatalista, que considera como únicos protagonistas de los acontecimientos históricos a los Estados (y, en particular, a los grandes Estados). Quien quiera hacerse una idea del prestigio alcanzado por la teoría de la pluralidad de los ordenamientos entre los juristas debería leer los estudios, actualmente en curso de publicación, de un jurista, Salvatore Romano, que considera la esfera en que se sitúa la voluntad normativa de los particulares como un conjunto de instituciones jurídicas diferentes del Estado y previas a él, y resuelve la relación entre voluntad del Estado y voluntad privada en una relación entre dos ordenamientos distintos[11]. Podría decirse que la caída del mito del Estado ha liberado a los juristas del culto al derecho estatal; los ha llevado, por tanto, a utilizar una noción de derecho mucho más amplia, ensanchando su horizonte de investigación y permitiendo una fructífera comparación entre los elementos que son comunes a las más distintas instituciones. En escritos recientes, otro jurista, Enrico Allorio, que se considera partidario de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, declara abiertamente que suscribe «la noción de derecho [...] más amplia que pueda concebirse»: y llama norma jurídica a todo juicio regulativo de comportamientos humanos, de modo que «constituye derecho objetivo *todo* sistema de juicios sobre tales comportamientos»[12].

No es difícil ver detrás de esta doctrina, que se presenta como científica y se limita a proponer una nueva noción de derecho, una bien precisa carga ideológica: la revuelta contra el estatalismo, contra la centralización de poderes y el incremento de las funciones del Estado. Quien lea, por ejemplo, los primeros y los últimos trabajos de Capograssi, en los que el pluralismo es un tema dominante, observará que en la base de la doctrina de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos hay una sentencia condenatoria del Estado moderno, cuyo desarrollo ha ido en detrimento de las llamadas sociedades intermedias. Bastará recordar que, en una reciente reivindicación de estas «sociedades intermedias» por un

11. S. Romano, «Ordinamenti giuridici privati»: *Rivista trimestrale di diritto pubblico* V (1955), pp. 149-331, «Autonomia privata»: *ibid.* VI (1956), pp. 801-922.

12. E. Allorio, «La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale»: *Rivista di diritto civile* I (1955), pp. 272, 258.

jurista de la última generación, el valor ideológico del pluralismo ha sido expresamente afirmado: «Frente a la injerencia del Estado totalitario el pluralismo se convirtió en un ideal político: esperanza de restablecer el vínculo del orden jurídico con el individuo, con su libertad y dignidad, exigencia de crear, para la defensa de la persona frente al Estado, toda una serie de diafragmas humanos destinados a filtrar necesidades, intereses, ideas de las comunidades particulares»[13].

4. *Crítica de las fuentes*

El positivismo jurídico, además de ofrecer una respuesta al problema de las relaciones entre derecho y justicia, y al de la definición del derecho, como hemos visto en los dos apartados anteriores, incluía también —en sus manifestaciones más consecuentes, como la teoría pura de Kelsen— una teoría formal de las fuentes del derecho y una valoración de su jerarquía. Las fuentes del derecho, según la teoría normativa, son los hechos a los que el ordenamiento jurídico atribuye, como una consecuencia, la producción de normas jurídicas: en la terminología que ha llegado a ser habitual entre los juristas italianos, se denominan «hechos normativos». Por lo que respecta a la jerarquía, siempre existió en las escuelas positivistas, vinculadas, como hemos visto, al dogma estatalista, la tendencia a considerar como fuente principal del derecho a la ley y no al derecho consuetudinario y jurisprudencial, de manera que se habla, con razón, del positivismo jurídico como una teoría no solamente estatalista sino también legalista del derecho.

Contra el positivismo como teoría formal de las fuentes del derecho, el ataque ha provenido sobre todo de los estudiosos del derecho internacional: por ejemplo, Roberto Ago considera que la noción tradicional de derecho positivo es demasiado estrecha, tanto que no estaría en condiciones de abarcar la totalidad del derecho vigente, el cual comprendería, además del derecho introducido por las fuentes normales, todo un conjunto de normas jurídicas, como las que aparecen sobre todo en el derecho internacional, que constituyen el llamado «derecho espontáneo», derivado inmediatamente del comportamiento efectivo de los sujetos de la comunidad internacional. La polémica contra el positivismo jurídico es, en la obra de este autor, manifiesta: considera indispensable que «la doctrina jurídica [...] lleve a cabo hoy un renovado esfuerzo por liberarse definitivamente de ciertas herencias, residuales y caducas, del positivismo jurídico, que le impiden culminar y dar firmeza a algunas conquistas indispensables para el desarrollo futuro de la in-

13. P. Rescigno, «Le società intermedie»: *Il Mulino* VII (1958), n. 75, p. 13.

vestigación científica»[14]. Una posición de este tipo es sin duda una de las expresiones más radicales de la revuelta contra el formalismo, de la que se hablaba al comienzo: la crítica de la teoría positiva de las fuentes del derecho está estrechamente conectada, en el pensamiento de Ago, a una reforma de la ciencia jurídica, entendida ya no como ciencia normativa, sino como ciencia empírica y descriptiva. Dicha ciencia conduce, además, a una revalorización del derecho consuetudinario, el cual, en cuanto conglomerado de normas de formación espontánea, englobaría las normas primarias fundamentales de todo ordenamiento, incluyendo también, se entiende, las del ordenamiento estatal. Inspirándose en estas ideas, otro internacionalista ha considerado que debían romperse los estrechos límites del positivismo jurídico descubriendo un derecho que «está vigente en estado de fenómeno jurídico puro, inmediatamente vinculado a la realidad histórica completa y no limitado a reglas formalmente establecidas». Para alcanzar su objetivo, denuncia las «deformaciones que el derecho positivo tiende a imponer en el transcurso natural del fenómeno jurídico puro»[15]. Ese derecho no formal lo prefiere denominar «derecho natural vigente» en lugar de «derecho espontáneo», pero el blanco polémico sigue siendo el mismo. Conviene notar además que, en este caso, la crítica de la teoría tradicional de las fuentes lleva a la recuperación de otra de las fuentes que el positivismo había convertido en fuente secundaria: el propósito principal de este autor, en efecto, es reivindicar el poder «cuasi-creativo» del juez en el reconocimiento y la integración del derecho internacional no escrito.

En el ámbito de una revisión de la doctrina tradicional de las fuentes también en el derecho interno, el problema de los poderes del juez ha sido objeto de estudio por parte de una corriente que podemos denominar, aunque de forma algo genérica, antilegalista. La reacción se manifiesta en el rechazo de la doctrina de la supremacía de la ley y en la crítica de la concepción del valor meramente declarativo de la actividad del juez, aunque se menoscabe el ideal, en otros tiempos indiscutible, de la seguridad jurídica. En la renovada subordinación del derecho positivo al derecho natural ha habido quien ha creído poder atribuir al juez el poder de no aplicar la ley injusta, si bien, con argumentos tomados del dere-

14. «Diritto positivo e diritto internazionale», en *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, Giuffrè, Milán, 1957, I, pp. 3-65. Del mismo autor véase también el anterior trabajo *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Giuffrè, Milán, 1950. Combativo y tenaz defensor de la concepción realista en el campo del derecho internacional es, en Italia, R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Priulla, Palermo, 1949, pp. 21 ss., 63 ss. Véase ahora la 4.ª ed. de 1963, pp. 26 ss., 81 ss. Y, además, *Problemi di teoria generale del diritto*, Liguori, Nápoles, 1959, pp. 56 ss.

15. G. Barile, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1953, pp. 19, 80.

cho positivo[16], o como propuesta de reforma legislativa[17]. Pero sin llegar a estas posiciones extremas, algunos de los más autorizados procesalistas han percibido la insuficiencia de la doctrina tradicional que se negaba a admitir el momento creativo de la decisión judicial y reducía la actividad del juez a mero ejercicio de lógica formal. Carnelutti, en 1951, escribía: «Se podría decir que el procesalismo está produciendo o ha producido ya una revalorización del juicio y del juez, que el codicismo había imprudentemente devaluado. Como consecuencia de estos estudios el centro de gravedad del mecanismo jurídico, que se había desplazado del juicio a la ley, va gradualmente aproximándose de nuevo al juicio»[18].

Calamandrei, en uno de sus últimos escritos, recordó, como advertencia, que en las antiguas representaciones la Justicia, sentada en su trono y rodeada de sus hijas, tenía en brazos a su hija predilecta, la Equidad[19]. No en vano uno de los temas más debatidos en estos últimos años ha sido el de los «juicios de valor» en la actividad interpretativa: la insistencia con la que se pone de manifiesto el momento de la valoración subjetiva por parte del juez o de la decisión no reconducible al viejo esquema del silogismo judicial acaba poniendo en crisis, definitivamente, la vieja concepción según la cual el juez, al aplicar el derecho, lleva a cabo una operación meramente lógica[20].

5. *La disputa sobre los métodos*

Esta mayor atención prestada al estudio del problema de la decisión judicial, común a los principales juristas italianos en esta última posguerra, nos lleva al último capítulo de la reacción antiformalista, relativo al método de la ciencia jurídica. El *Methodenstreit* ha estado siempre vivo en Italia; pero mientras entre los años veinte y cuarenta estaba en primer plano sobre todo el problema teórico de la naturaleza y los límites de la ciencia jurídica, ahora está el problema más concreto de los métodos de interpretación y su alcance práctico. La tendencia general va hacia la ampliación de los instrumentos hermenéuticos, hacia el re-

16. E. Garbagnati, «Il giudice di fronte alla legge ingiusta»: *Jus* (n.s.), II (1951), pp. 413 ss.

17. E. Favara, «Il problema della legge ingiusta», en *Scritti giuridici in onore di A Scialoia*, Zanichelli, Bolonia, 1953, IV, pp. 201-217.

18. «Bilancio sul positivismo giuridico»: *Rivista trimestrale di diritto pubblico* I (1951), p. 293. Más tarde en *Discorsi intorno al diritto*, CEDAM, Padua, 1953, II, p. 254.

19. «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente» (1955), en *Studi sul processo civile*, CEDAM, Padua, 1957, VI, p. 97.

20. Véanse sobre todo L. Casani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, CEDAM, Padua, 1954, y C. M. De Marini, *Il giudizio di equità nel processo civile*, CEDAM, Padua, 1958.

conocimiento de una mayor libertad del intérprete, en definitiva, aquí también, hacia la liberación de los prejuicios formalistas; esta tendencia llega incluso al rechazo del método sistemático y a la propuesta de un retorno a la jurisprudencia romana como *ars boni et aequi*[21].

En la mayor obra italiana sobre interpretación, Emilio Betti concede un amplio espacio a la valoración de los intereses y, como se ha observado, demuestra haber aprendido la lección de la jurisprudencia de intereses, que pretende introducir en la doctrina italiana. No falta, también en la obra de Betti, la polémica contra el formalismo de las teorías tradicionales: «Considerar la fórmula en sí misma, en su abstracto valor lógico, aislada del elemento teleológico de la norma, es un procedimiento ilegítimo y manifiestamente contrario al canon hermenéutico de la totalidad, que impone entender la norma como instrumento para un fin y *encuadrar este último* en la órbita del sistema en su conjunto»[22]. A la actividad del intérprete se le atribuye el carácter no ya de «operación de naturaleza aritmética», sino de «apreciación». Por lo demás, la batalla más intensa por la renovación de los métodos interpretativos ha sido la iniciada por Tullio Ascarelli quien, en diversos trabajos[23], insiste en poner de relieve el valor creativo de la interpretación jurídica y aspira a que los juristas tomen conciencia de la brecha entre lo que ellos creen que es el trabajo del intérprete y lo que es efectivamente. Hay, sin duda, en el pensamiento de Ascarelli una influencia de las concepciones más arriesgadas de la interpretación, nacidas en los sistemas anglosajones. Aunque no pueda hablarse en absoluto de un injerto de «realismo jurídico» en el tronco reseco del positivismo tradicional (Ascarelli no deja de ser positivista y normativista), su orientación podría ser ilustrada mediante la distinción de Pound entre *law in books* y *law in action*: el problema central está en desplazar la mirada de los juristas del derecho escrito en los códigos al derecho que vive y se desarrolla en una determinada sociedad incluso a pesar de las reglas escritas. Ascarelli observa en numerosos lugares que algunas instituciones del código no tienen reflejo en la realidad y que, al contrario, instituciones cuya importancia práctica es cada vez mayor no cuentan con una regulación escrita:

21. B. Biondi, «Scienza giuridica come arte del giusto»: *Ius* (n.s.) I (1950), pp 145-177.

22. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1949: véanse sobre todo las pp. 181 ss. El fragmento citado está en la p. 184.

23. Mencionamos algunos de ellos: «Funzioni economiche e istituti giuridici nella técnica dell'interpretazione» (1946), en *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milán, 1949, pp. 83-107; «Prefazione» a *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1952, pp. IX-LIII; «Dispute metodologiche e contrasti di valutazione» (1953), en *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 467-479; «Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato» (1954), *ibid.*, pp. 481-519.

lamentablemente, los juristas se ocupan más de las primeras que de las segundas. Una corrección de la orientación tradicional solo puede venir, según Ascarelli, del estudio de la función económica y social de las instituciones jurídicas, que permite adaptar incesantemente el derecho a una realidad cambiante y que convierte la labor del intérprete en una obra de creación jurídica. Pese a que las bases filosóficas de Ascarelli están en el historicismo, que dominó la filosofía italiana durante algunas décadas, su manera de enfocar los problemas de la interpretación puede adscribirse a la corriente general de la jurisprudencia sociológica y es ciertamente la expresión más viva y coherente, entre las que han aparecido hasta el momento en Italia, de tendencias poco aclimatadas a la ciencia jurídica continental[24].

Acertadamente observa Ascarelli que bajo la diferencia de los métodos se esconde una diferencia en el modo de concebir las relaciones del individuo con la sociedad, una diferencia que, en una palabra, podemos llamar ideológica. Esta tesis ha sido aceptada recientemente también por Bagolini[25]. Extendida a todos los problemas fundamentales de la teoría de derecho, dicha tesis puede servir como comentario y como prueba del cuadro que hasta aquí hemos ido trazando: la reacción antiformalista, en sus diferentes aspectos, se inserta en un horizonte ideológico bastante definido y es expresión de una nueva sensibilidad respecto del Estado y su función, de una nueva concepción de las relaciones entre sociedad y Estado.

6. *Momento de pausa*

Una vez expuestas algunas tendencias polémicas sigo estando lejos de sugerir que la teoría del derecho en Italia haya sido puesta por entero patas arriba. Los juristas son, por lo general, conservadores y no se fían de las novedades. Además, algunas de estas reacciones habían sido demasiado claramente motivadas por el gran impacto causado por la guerra como para sobrevivir al retorno a la normalidad. Por tanto, no han faltado, en cada uno de los problemas hasta aquí mencionados, las resistencias, las críticas abiertas, el rechazo más o menos fundamentado.

Tengo la impresión, empezando por el primero de los puntos mencionados, que el retorno del derecho natural no ha recorrido demasiado camino: ya entre los participantes en el congreso de 1949 había

24. Sobre el contenido y el pensamiento de Ascarelli, cf. mi ensayo «Tullio Ascarelli»: *Belfagor* XIX (1964), pp. 411-424, 546-565.

25. L. Bagolini, «La scelta del metodo nella giurisprudenza»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* XI (1957), pp. 1054-1067.

quienes defendían el principio positivista de que una cosa es la justicia y otra la validez, y que aunque el derecho natural permite valorar la justicia o injusticia de una ley, ello no impide que una ley injusta pueda ser válida y el juez deba aplicarla. Entre las réplicas inmediatas recordaré la de Scarpelli que consideraba el método jurídico positivo como una condición esencial para el buen funcionamiento del estado liberal democrático, en el que la condena y la eliminación de la ley injusta no está confiada a la resistencia individual sino a instituciones reguladas por el derecho positivo; y observaba, además, que el peligro de un abandono del método positivo por parte de los participantes en aquella discusión era mucho menos grave de lo que podría parecer por el título del libro[26]. Recientemente, con ocasión de la traducción italiana del libro de Leo Strauss *Natural Right and History** han aparecido dos críticas adversas de Fassò, en las que se presenta la teoría del derecho natural como una teoría agotada y se muestran sus aspectos caducos: «Sobre todo en Italia, el retorno al derecho natural tiene un significado casi exclusivamente político, pues se trata, en una cuarta parte, de una reacción al fascismo y, en las tres cuartas partes restantes, de miedo al comunismo, inserto en una corriente más amplia de *reconquista* católica»[27]. La reivindicación del derecho natural por parte de los juristas tiene a menudo el valor de un rito meramente propiciatorio. Es proclamado solemnemente en las ceremonias oficiales o en los discursos de apertura de los congresos. Pero no parece que los juristas se dejen arrastrar por las consecuencias a las que debería llevar la admisión de un derecho natural, superior al positivo, esto es, que una norma, para ser válida, debe ser también justa. La distinción entre derecho y moral sigue siendo dominante: y si esto es indicio de positivismo habrá que concluir que los juristas siguen siendo positivistas. Ciertamente, menor resistencia ha encontrado la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, que contaba con raíces profundas en la doctrina italiana: hoy parece que está llegando a convertirse incluso en *communis opinio*. Recientes objeciones, formuladas por un defensor de una concepción finalista del derecho, parecen dictadas por consideraciones morales y cabe suponer que no van a tener mucho éxito[28]. Tendría la tentación de concluir acerca de este punto que lo que está en crisis no es tanto el positivismo, si por positivismo entendemos la doctrina que no recono-

26. U. Scarpelli, «Diritto naturale vigente?»: *Occidente* IX (1953), pp. 99-123.

* L. Strauss, *Derecho natural e historia*, Círculo de Lectores, Barcelona, 2000.

27. «Diritto naturale e storicismo»: *Il Mulino* VII (1958), n. 78, p. 240. El otro artículo es «Oggettività e soggettività nel diritto naturale»: *Rivista di diritto civile* IV (1958), pp. 264-272.

28. D. Barbero, «Polemiche sulla sanzione»: *Rivista di diritto civile* II (1956), pp. 901-923.

ce más derecho que el derecho positivo, sino la expresión más estrecha del mismo, el estatalismo; y que esta crisis no proviene tanto de la recuperación del derecho natural, como del descubrimiento y el estudio de ordenamientos positivos distintos a los del Estado. También esa forma atenuada de antipositivismo que pone junto al derecho positivo no ya el derecho natural sino el derecho espontáneo está empezando a suscitar algunas reacciones[29], en nombre de la unidad del sistema jurídico y de la distinción entre derecho y hecho, esto es, en nombre de los principios fundamentales del positivismo jurídico en sentido tradicional.

Por lo que respecta a los otros dos puntos, la reacción contra el legalismo y contra el conceptualismo, una transformación relevante no podría venir más que de un cambio en las instituciones y en la mentalidad de los jueces y los juristas. Pero se trata de mutaciones que, en caso de que llegaran a darse, serían muy lentas y, en todo caso, imprevisibles; cualquier conclusión, en esta materia, sería aventurada. Puede decirse, entonces, que la polémica contra el llamado conformismo legalista de los juristas corre el riesgo de acabar siendo, como en el caso de la resurrección del derecho natural, básicamente ineficaz, al menos mientras no llegue a ponerse en discusión la separación de poderes, sobre la que se sostiene la actitud legalista de los juristas. Es un hecho que, por más que se haya avanzado en la proclamación del poder creativo del juez, ningún jurista en Italia ha llegado a pronunciarse a favor de la *freie Rechtsfindung*. Y también las doctrinas renovadoras más moderadas, como la jurisprudencia de intereses, son acogidas con mucha cautela[30]. En cambio, la otra polémica contra lo que ha sido calificado, con igual desprecio, como «agnosticismo moral del conceptualismo»[31], corre el riesgo de volverse irrelevante, porque la figura del árido compositor de conceptos, que estudia el derecho con el mismo distanciamiento con el que los geólogos examinan un fósil, no ha existido nunca o, si ha existido, hace tiempo ya que ha desaparecido. La opinión media del jurista ha quedado plasmada muy bien en un trabajo de Petrocelli, quien, defendiendo la escuela jurídica del derecho penal (que se ha difundido en Italia en oposición a la escuela sociológica), dice que el jurista no rechaza los valores que trascienden el derecho, pero rechaza enérgicamente la confusión entre tales valores y los valores jurídicos, a los cuales tiene el deber de atenerse en exclusiva si no quiere invadir el juicio político que corres-

29. A. P. Sereni, «Dottrine italiane di diritto internazionale», en *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, Giuffrè, Milán, 1957, II, pp. 279-301.

30. G. Bettiol, «Il positivismo di F. Carnelutti»: *Archivio penale* IV/1 (1948), p. 287.

31. D. Rubino, «La valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge», en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, cit., I, pp. 237-249.

ponde únicamente al legislador[32]. Carnelutti, a pesar de las concesiones hechas en estos últimos años al derecho natural, concluye admitiendo fundamentalmente «una notable partida en activo en el balance del positivismo jurídico»[33].

7. *Perspectivas*

He seleccionado intencionadamente la mayor parte de las citas aquí recogidas de trabajos de juristas y no de filósofos del derecho. Debe tenerse en cuenta que en Italia la distinción entre juristas y filósofos del derecho ha sido siempre muy marcada, entre otras cosas por el hecho de que la filosofía del derecho en nuestras universidades es una disciplina autónoma. Pero si se me permite formular una conclusión general diría que dicha distinción ha ido atenuándose en los últimos años. Es muy significativo que en 1922 un filósofo del derecho haya podido hablar de las «tendencias antifilosóficas de la jurisprudencia moderna en Italia», mientras que en este momento otro filósofo del derecho ha creído poder dedicar un libro a la «filosofía de los juristas italianos»[34].

El encuentro se ha producido gracias a un acercamiento por ambas partes. De un lado, los juristas se han vuelto más conscientes de los problemas generales que sus investigaciones presuponen y, aunque es cierto que ese estado de descontento e insatisfacción que, como hemos visto, ha sido generalizado en la ciencia jurídica de los últimos años no siempre se ha traducido en formulaciones teóricas claras, es sin embargo cierto que ha ayudado a la mayor parte de los juristas a tomar una clara conciencia de los límites de la ciencia jurídica. Lo que ha caído no es el positivismo, sino el tecnicismo y, con él, la actitud de incomodidad o de superioridad frente a los llamados problemas filosóficos. Por otro lado, los filósofos del derecho han dejado o están dejando de ocuparse de los «problemas últimos» con un lenguaje que los juristas no entendían: recordaré que durante el dominio del idealismo los filósofos se proponían nada menos que la tarea de dar una definición a priori del derecho o se preguntaban en qué momento del proceso del Espíritu había que situar el derecho. La divergencia entre el derecho del que se ocupaban los filósofos y el que manejaban los juristas era tan grande que había ido echando profundas raíces una auténtica teoría de la doble verdad: había un derecho de los filósofos y un derecho de los juristas y no era en absoluto necesario que unos pudieran reconocer el de los otros. Uno de los problemas que han atormentado siempre a los filósofos es el de la distinción entre filosofía y ciencia del derecho. Si no me equivoco, esa barrera en buena medida ha caído. Para terminar con algún ejemplo, creo que la reciente y animada discusión, surgida entre juristas, sobre la noción de sanción y conducida, en algunos casos, con notable dominio metodológico, debería interesar también a los filósofos del derecho[35]; por otra parte, algunas intervenciones de los filósofos del derecho sobre el problema de la definición del derecho y sobre la cuestión más específica de la definición de la norma jurídica como valoración podrían interesar también a los juristas[36]. Ha dado comienzo, por tanto, un diálogo fecundo: a unos y a otros les corresponde hacer lo que esté en sus manos para que no se pierda.

32. B. Petrocelli, «Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale», en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, cit., I, pp. 359-369.

33. «Bilancio del positivismo giuridico», cit., p. 299.

34. A. E. Cammarata, «Sulle tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* II (1922), pp. 234-259; L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, CEDAM, Padua, 1955.

35. E. Allorio, «Osservazioni critiche sulla sanzione»: *Rivista di diritto civile* II (1956), pp. 1-37. En este artículo se discuten tres trabajos anteriores: F. Benvenuti, Sul concetto di sanzione: *Jus* (n.s.), VI (1955), pp. 223-254; C. Mandrioli, «Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale»: Jus (n.s.), VII (1956), pp. 86-120; F. Carnelutti, «Il valore della sanzione nel diritto»: *Rivista di diritto processuale* X (1955), pp. 237-249. En respuesta al artículo de Allorio: D. Barbero, «Polemiche sulla sanzione», cit.; F. Carnelutti, «Valore di una polemica»: *Rivista di diritto processuale* XI (1956), 1, pp. 167-168.

36. U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milán, 1955; E. di Robilant, «Osservazioni sulla concezione della norma giuridica come giudizio di valore»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* XI (1957), pp. 1377-1443.

2

NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO*

1. *Campos de estudio de la filosofía del derecho*

Buscar una definición de filosofía del derecho es una inútil pérdida de tiempo. La expresión «filosofía del derecho» se difundió en Europa hace poco más de un siglo y medio: las *Grundlinien der Philosophie des Rechts* de Hegel, a las que se debe en gran parte la fortuna del nombre, son de 1821; la *Philosophie du droit* de Lerminier es de 1831; las seis lecciones de Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* que llevan el subtítulo de *A Philosophy of Positive Law* (derivado a su vez de una conocida obra de Hugo de 1798), son de 1832; los dos volúmenes de la *Filosofia del diritto* de Antonio Rosmini, que determinaron el éxito de la disciplina en Italia incluso desde el punto de vista universitario, son de 1841 y 1845 respectivamente. Desde el momento en que este nombre se difundió, se ha usado para indicar, según los distintos autores y las distintas orientaciones de pensamiento, investigaciones distintas entre sí y que, con el progreso y la mayor articulación de los estudios, van diferenciándose cada vez más, teniendo solo en común, quizá, un carácter negativo, esto es, dedicarse a la discusión de cuestiones en torno al derecho y a la clarificación de nociones relativas al derecho que habitualmente no son afrontadas de modo expreso o son dadas por supuestas por los juristas en su trabajo cotidiano de intérpretes del derecho positivo.

Creo que los estudios —diferentes y merecedores de ser considerados diferentes— cubiertos por la expresión «filosofía del derecho» pueden reagruparse de este modo: *a*) propuestas, sistemáticamente elaboradas, de reforma de la sociedad presente en base a la asunción, declarada o no, de este o aquel fin general (la libertad, el orden, la justicia, el bienestar, etc.), siguiendo algunas máximas elevadas a principios supremos de la conducta del hombre en la sociedad (las llamadas máximas de la justicia, como «a cada uno según sus méritos», «a cada uno según sus necesidades», etc.); *b*) análisis y definición de nociones generales, que se consideran comunes a todos los ordenamientos jurídicos, cuya clarificación suele servir para delimitar el campo del derecho de los campos fronterizos de la moral y de los usos sociales, como justicia, derecho, ordenamiento jurídico, norma, obligación, sanción, validez, eficacia, derecho subjetivo, poder, etc.; *c*) estudio del derecho como fenómeno social, comprendiendo en concreto investigaciones sobre el origen histórico del derecho, las distintas fases de su evolución, la función del derecho como medio de control social, la relación entre desarrollo social y desarrollo jurídico, la relación recíproca entre sociedad y derecho y otros temas semejantes; *d*) estudios sobre la ciencia jurídica y, más específicamente, sobre la obra de los juristas (o de los jueces) que se dirige al descubrimiento, interpretación y formulación de las reglas jurídicas y, en general, también sobre la noción de ciencia jurídica y sus relaciones con las demás ciencias. Salvo el primer grupo de investigaciones, que no tiene un nombre específico aparte del nombre común y que linda con la filosofía política, los otros tres grupos, a medida que las disciplinas específicas van haciéndose más profundas y diferenciándose, pueden designarse hoy con nombres distintos y más caracterizadores: teoría general del derecho el primero, sociología jurídica el segundo y metodología jurídica el tercero.

Ha contribuido otra circunstancia a hacer genérica, poco rigurosa y, por tanto, mal definible y no fácilmente utilizable la expresión «filosofía del derecho»: el estrecho parentesco entre la noción de derecho y la de Estado (que en muchas orientaciones ha conducido a la total reducción del derecho a una manifestación de la voluntad del Estado). De este parentesco se ha derivado a menudo el tratamiento paralelo de los problemas generales del derecho y de los del Estado bajo una misma etiqueta: bajo la etiqueta de la filosofía del derecho, que en consecuencia comprende en estos casos también la materia de disciplinas que podrían ser llamadas con más propiedad —y así han sido llamadas en el proceso de diferenciación sucesivo— filosofía política o teoría del Estado.

Los tratados de derecho natural de los siglos XVII y XVIII que son, en su parte general, los precedentes históricos de las filosofías del derecho decimonónicas son a un tiempo tratados de filosofía del derecho y de filosofía política: de los cuatro grupos de estudios abarcados por la filosofía del derecho en sentido estricto, suelen comprender al menos los tres primeros, es decir, propuestas de reforma de la sociedad y del Estado,

* Traducción de Alfonso Ruiz Miguel.

elementos de teoría general del derecho (en particular, análisis de las nociones de justicia, ley, obligación, soberanía) y de sociología jurídica (el estado de naturaleza, el paso del estado de naturaleza al estado civil, los distintos tipos de sociedad y de Estado). El interés por la ciencia jurídica —a excepción del gran precedente de Leibniz— se ha desarrollado más tarde, siguiendo a la epistemología y a la metodología, y, en general, a la filosofía de la ciencia, nacida y desarrollada en la segunda mitad del siglo pasado tras ir dejando a un lado poco a poco a la vieja gnoseología: quien quiera encontrar precedentes de los estudios sobre la ciencia jurídica, hoy en gran expansión, deberá buscarlos en los viejos tratados de *logica legalis*, de *dialectica* o *topica legalis* o sobre la *interpretatio*, que eran la mayoría de las veces obras de juristas prácticos; por lo demás, también el primer intento de tratamiento sistemático de epistemología jurídica es, si no me equivoco, el volumen tercero del *Geist des römischen Rechts* de Ihering, que es obra de un jurista y no de un filósofo.

Otra prueba de la polivalencia de la expresión «filosofía del derecho» se puede encontrar en el variado contenido, poco homogéneo y atractivo, confuso y confundente, de las (por fortuna) raras historias de la filosofía del derecho, desde Stahl en adelante: obsérvese en ellas cómo, por la fuerza de las cosas y no por capricho, se hallan en revoltijo teorías políticas como la *República* de Platón y teorías de la justicia y del derecho como el libro V de la *Ética a Nicómaco*, o, por acercarnos a los tiempos modernos, la teoría política y jurídica de Hobbes con la sociología jurídica (*avant la lettre*) de Montesquieu o de la escuela histórica, la lógica jurídica de Leibniz con la filosofía política de Hegel; y se termina por reunir en una sola obra, que pretende ser unitaria, una historia de las ideas políticas, una historia de las doctrinas políticas y una historia de la teoría del derecho propiamente dicha. Suerte a la que no escapan ni siquiera las historias aparentemente más homogéneas del derecho natural.

2. *La filosofía del derecho como filosofía aplicada*

La idea de que la filosofía del derecho es una disciplina unitaria continúa sobreviviendo —a pesar del error de hecho que contiene, fácilmente reconocible, como se ha visto— porque está estrechamente conectada a cierta concepción de la filosofía del derecho, de su naturaleza y de su función, que ha dominado, al menos en el continente y ciertamente en Italia, a finales del siglo pasado y a principios de este y que todavía no ha sido del todo abandonada. Me refiero a la concepción de la filosofía del derecho como filosofía aplicada. Según este modo de entender la filosofía del derecho, existe una filosofía general, o, para ser más precisos, existen varias orientaciones o corrientes de filosofía, que se caracterizan generalmente por soluciones que dan a los llamados problemas supremos (gnoseología, ontología, ética, etc.): la tarea del filósofo del derecho consiste, una vez abrazada esta o aquella orientación, en extraer de ella inspiración y guía, e incluso grandes principios ya elaborados, nociones y terminología, para dar una solución unitaria, orientada y sistemática a los distintos problemas generales del derecho y de la justicia. El filósofo del derecho se convierte de este modo en un colega menor del filósofo; se pone detrás de él y goza de su esplendor; no brilla con luz propia sino con luz refleja. La filosofía del derecho como *ancilla philosophiae*. Este modo de entender la filosofía del derecho nos ha regalado en el último siglo filosofías del derecho positivistas e idealistas, neokantianas, neofichteanas, neohegelianas, neotomistas, fenomenológicas y, por último, incluso existencialistas.

Esta concepción de la filosofía del derecho presenta un grave inconveniente: la llamada aplicación se convierte a menudo en una transposición extrínseca, cuando no forzada, de soluciones de un campo al otro, con la consecuencia de que los problemas generales del derecho no son estudiados partiendo desde la experiencia jurídica misma, sino de las soluciones dadas a problemas aún más generales y en todo caso distintos. No sabría decir cuánto ha perjudicado a Kelsen el haber «coqueteado» al comienzo de sus estudios con el neokantismo, que le indujo a considerar el *sollen*, en vez de más simple y correctamente como un verbo modal propio de las proposiciones normativas, como una categoría trascendental de nuestro conocimiento, y que ha terminado por producirle dificultades en las que ha permanecido prisionero incluso hasta en las últimas obras. Cuando además se trata de filosofías sistemáticas y omnicomprensivas como el idealismo hegeliano o el tomismo, al inconveniente de la aplicación extrínseca se añade también el de la confianza en el llamado método especulativo, consistente en deducir de algunos postulados, a los que se atribuye el privilegio de ser autoevidentes y sin presupuestos, soluciones apropiadas y definitivas para todos los posibles problemas que se presentan en cualquier campo de la realidad y, por tanto, también para los propios de la experiencia jurídica. Ocurre así que se elaboran sistemas completos de filosofía del derecho por quien no tiene más que nociones muy elementales de derecho: son esos sistemas a los que los juristas vuelven desdeñosamente la espalda, asumiendo esa actitud característica de agnosticismo filosófico que consiste en la resignada admisión de una doble verdad («Eso será verdad para el filósofo, pero no es verdad para mí»). Semejante método especulativo ha celebrado su triunfo en la orientación idealista neohegeliana: entre los ejemplos más significativos de filosofía del derecho construida desde arriba, sin ninguna base en la experiencia jurídica, quisiera recordar los *Lineamenti di filosofia del diritto* (1916) de Giovanni Gentile y la

Grundlegung zur Rechtsphilosophie (1935) de Julius Binder que, sin embargo, a diferencia del filósofo italiano, era un jurista.

El paralelismo entre sistemas de filosofía general y sistemas de filosofía del derecho que la concepción de la filosofía del derecho como filosofía aplicada comporta ha sido utilizado a menudo por los historiadores de la filosofía del derecho contemporánea: el reagrupamiento de los filósofos del derecho en base a la pertenencia a esta o a aquella corriente de filosofía general (los positivistas, los neokantianos, los idealistas, los neotomistas, etc.) presenta la ventaja de una sistematización ya reconocida y de una periodización ya contrastada en un campo más amplio, pone a cubierto de sorpresas, evita el trabajo de construir nuevos reagrupamientos. Este modo de clasificar las teorías del derecho ha terminado por reforzar la convicción de que no hay más filosofía del derecho que la filosofía aplicada, de que la filosofía del derecho es solo una parte de la filosofía general, de que las soluciones a los problemas generales del derecho se deben buscar no en la observación de la experiencia jurídica, sino en las obras de los filósofos; lo que produce habitualmente consecuencias poco recomendables, como el desviar la atención de investigaciones difícilmente clasificables en esta o aquella corriente, o el forzar su interpretación de manera que a cada libro de filosofía del derecho puede serle adherida una de las cinco o seis etiquetas autorizadas y, lo que es peor, el poner en primer plano, al exponer una teoría del derecho o de la justicia, las referencias que el autor hace a esta o aquella corriente filosófica de la que se profesa seguidor, que tienen a menudo un valor meramente ornamental, olvidando lo esencial, esto es, la investigación efectiva y las nuevas soluciones ofrecidas para este o aquel problema; en suma, el pensar que es más importante clasificar un libro de filosofía del derecho que comprenderlo. Por dar algún ejemplo, creo que se debe estudiar la definición de derecho dada por Del Vecchio prescindiendo del hecho de que sea o pretenda ser reconducible en alguna medida al movimiento neokantiano (o idealismo crítico, si se quiere), o la dada por Duguit sin preocuparse de si es positivista o revela residuos iusnaturalistas.

Adviértase que esta opinión mía no pretende ser en absoluto una declaración de guerra contra la variedad de concepciones del mundo, de filosofías, de ideologías, ni el rechazo de la idea de que las distintas teorías del derecho estén influenciadas por aquellas, sino que es la manifestación de una duda acerca de la dependencia, a menudo profesada pero no seguida de hecho, de las teorías del derecho respecto de las teorías filosóficas generales, o, en otras palabras, acerca de la perfecta correspondencia entre la historia de la filosofía y la historia de la filosofía del derecho y, por tanto, acerca de la utilidad de exponer las teorías del derecho no ya según la dialéctica interna de estas teorías, sino según el orden del desarrollo de las corrientes de la filosofía general. Echando una breve mirada a las teorías contemporáneas del derecho, advertimos que la clasificación más útil es la que corresponde a la distinción entre concepciones iusnaturalistas, concepciones positivistas y concepciones realistas del derecho respecto a los problemas de teoría general, entre concepciones objetivistas y subjetivistas respecto al problema de la justicia y entre corrientes formalistas y sociológicas respecto al problema de la ciencia jurídica: distinciones todas ellas que no coinciden con las que deberíamos citar si aceptásemos la concepción de la filosofía del derecho como filosofía aplicada, la cual nos llevaría a hablar de cosas más bien extravagantes y desencaminadas como neokantismo y neohegelianismo, fenomenología y existencialismo, neotomismo y neopositivismo.

3. *Filosofía del derecho de los filósofos y filosofía del derecho de los juristas*

Una distinción que me parece útil al objeto de clasificar las obras de filosofía del derecho es la existente entre filosofías del derecho escritas por filósofos y filosofías del derecho escritas por juristas o, si se quiere, entre filósofos-juristas y juristas-filósofos. La idea de la filosofía del derecho aplicada, que hemos examinado en el epígrafe anterior, es propia de los primeros. La filosofía de los segundos es habitualmente una filosofía a la que difícilmente podría aplicarse uno de los habituales «ismos». En mi opinión, salvo alguna excepción (entre las que pondría, *in primis*, a Hobbes), las mayores contribuciones a la filosofía del derecho han sido hechas por juristas con intereses filosóficos más que por filósofos con intereses por el derecho. Por dar también aquí algún ejemplo, una de las obras capitales para el desarrollo del pensamiento jurídico contemporáneo ha sido *Der Zweck im Recht* (1877) de Rudolf Ihering, que los filósofos han mirado siempre por encima del hombro. Confrontémosla con una obra de un filósofo-jurista escrita hacia los mismos años, como el *System der Rechtsphilosophie* de Adolf Lasson (1882). Ihering continúa siendo leído (o por lo menos citado) y discutido; Lasson se ha convertido en letra muerta, objeto todo lo más de estudios eruditos o de curiosidad histórica.

Un ejemplo más reciente e italiano: los *Fondamenti di filosofia del diritto* de Giovanni Gentile y *L'ordinamento giuridico* de Santi Romano salieron con dos años de distancia (1916 y 1918). La primera obra, sublime, en rápido y altísimo vuelo sobre la desnuda y vulgar realidad empírica, tendente a dar al derecho una colocación definitiva, si bien un poco subalterna, en la vida del espíritu; la otra, aparentemente a ras de tierra, consciente de sus propios límites, que mira con una cier-

ta desconfianza a la filosofía de los filósofos; la obra de Romano ha abierto, en la reciente historia del pensamiento jurídico italiano, una vía que, guste o no guste, es una de las vías maestras de la filosofía del derecho contemporánea (el derecho entendido como institución, la crítica al estatalismo y al normativismo, la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos); la obra de Gentile, que define al derecho con un juego de palabras, «querer querido», merece ser recordada solo como ejemplo límite de radicalización e hipostatización filosófica de una idea no peregrina del sentido común. Entre las obras que cuentan en la formación del pensamiento jurídico contemporáneo, de las que yo he sacado inspiración, incitación y sugestiones para mi trabajo y que pongo con gusto en manos de los estudiantes, encuentro exclusivamente obras de juristas: *Science et technique en droit privé positif*, de Gény; *Die juristische Logik*, de Ehrlich; *Reine Rechtslehre*, de Kelsen; hasta llegar a las más recientes *The Definition of Law*, de Kantorowicz; *On Law and Justice*, de Ross, y *The Concept of Law*, de Hart. Más todavía, estoy convencido de que la lectura de tales obras sería de alguna utilidad para la filosofía moral, la cual no puede prescindir de las nociones de norma, sistema normativo, obligación, validez, a las que los juristas se han dedicado desde hace tiempo con particular atención.

Se entiende que la preferencia hacia las obras de los juristas que se elevan a la filosofía más que hacia las de los filósofos que se rebajan hasta el mundo del derecho revela la preferencia por un método o, mejor, por un cierto estilo de trabajo, que es más fácil encontrar en las obras de los primeros que en las de los segundos: lo que caracteriza a este estilo de trabajo es la primacía dada al análisis sobre la síntesis, primacía fundada en la convicción de que, aun siendo análisis y síntesis momentos necesarios de toda investigación, es siempre preferible un análisis sin síntesis (lo que se les reprocha a menudo a los juristas-filósofos) que una síntesis sin análisis (que es el vicio común a los filósofos-juristas), al procurar el primero al menos buenos materiales para construir y al construir la segunda casas de arena a las que nadie iría a vivir de buena gana.

Las razones de esta preferencia pueden ser de orden ético, histórico y psicológico. Intentaré enumerar alguna: 1) la convicción de la complejidad de lo que por brevedad solemos llamar el «fenómeno jurídico» y de la tosquedad de los instrumentos lingüísticos que tenemos a nuestra disposición para describirlo; 2) la constatación de que las nociones fundamentales para el estudio del derecho llegadas hasta nosotros por la tradición y asumidas generalmente por el lenguaje común, como derecho, ley, norma, obligación o, peor todavía, voluntad, justicia, sentimiento jurídico, son en un cierto sentido demasiado amplias y demasiado elásticas y deben ser desarticuladas, descompuestas y precisadas; 3) la reacción contra la tendencia al reduccionismo, que es la característica de

toda filosofía del derecho (sea de los filósofos o de los juristas) y que se manifiesta en las famosas tesis según las cuales: «El derecho es mandato»; «El derecho es norma técnica»; «El derecho es voluntad del soberano»; «El derecho es ordenamiento coactivo»; «El derecho es institución», por lo que demasiado a menudo las polémicas entre los sostenedores de una y otra tesis se parecen a batallas en las que, al contrario que en la de Pirro, todos son vencedores; 4) la creencia en la extremada falibilidad del intelecto humano y en la provisionalidad (y revisabilidad) de las síntesis a las que aquel puede llegar en el intento de unir orgánicamente los datos recogidos (que no son nunca suficientes y dentro de los cuales está obligado a realizar una elección, determinada también por factores ajenos a los fines de la investigación).

Cuando he dicho que el estilo analítico es más frecuente en los juristas que en los filósofos, tenía en mente la situación de los países en los que se han desarrollado en mayor medida orientaciones de filosofía especulativa, como Alemania e Italia (menos, Francia), donde la investigación filosófica se contrapone a menudo a la investigación científica y en los que entre filósofos y científicos existen relaciones no de alianza sino de hostilidad o, en la mejor de las hipótesis, cada uno camina por su propio camino sin cuidarse demasiado del otro. En la tradición inglesa la situación es distinta: no quisiera confundirme, pero me parece que la diferencia entre filosofía del derecho de los filósofos y filosofía del derecho de los juristas es allí menos tajante. En el campo de la filosofía del derecho útil, entre los pocos filósofos que escogería, pondría a algunos filósofos ingleses, como Hobbes, Hume, Bentham. Eso podría mostrar que la diferencia entre filosofía del derecho de los filósofos y filosofía del derecho de los juristas oculta en realidad una diferencia más profunda: una diferencia entre dos modos de filosofar a los que con gusto llamaría monismo y pluralismo con referencia a la concepción de la realidad, y racionalismo y empirismo con referencia al problema del conocimiento, añadiendo la advertencia de que el jurista, por la misma naturaleza de su investigación, se ve más inclinado hacia la segunda que hacia la primera.

4. *Un programa de trabajo*

Como he dicho desde el comienzo, los estudios que se incluyen bajo el nombre de filosofía del derecho son distintos. No tengo especiales vetos para uno o para otro ni me batiría por sostener que uno merezca más que los otros el nombre de filosofía del derecho (supuesto que este nombre sea un título de honor). Si no tengo vetos, sí tengo preferencias. La filosofía del derecho que he cultivado, y a la que he dedicado preferiblemente mis cursos universitarios, se compone de tres partes que lla-

mo respectivamente: *a*) Teoría del derecho; *b*) Teoría de la justicia; *c*) Teoría de la ciencia jurídica. Si algún día tuviera que escribir un tratado de filosofía del derecho (hipótesis destinada a no verificarse) creo que resultaría dividido en estas tres partes.

Considero como problema fundamental de la teoría del derecho el de determinar el concepto del derecho. Si por normativismo se entiende aquella teoría según la cual el modo más conveniente de definir el derecho es referirse a la noción de norma, entonces soy normativista. Con esta precisión: que por «derecho» (también en el lenguaje común) se entiende no una norma aislada, sino un conjunto de normas, y, por tanto, el concepto del derecho solo puede ser aclarado haciendo referencia no ya a un tipo de norma sino a un tipo de conjunto de normas, lo que habitualmente se llama «ordenamiento jurídico». Desde este punto de vista, la teoría del derecho se identifica con la teoría del ordenamiento jurídico: en efecto, solo a través de la comprensión del ordenamiento jurídico en su conjunto se pueden captar aquellas características del fenómeno jurídico que habitualmente vienen adoptadas para distinguir el derecho de la moral y de los usos sociales. Las partes principales en las que se podría dividir la teoría del ordenamiento jurídico son las seis siguientes: 1) composición (concepto de norma y distintos tipos de normas); 2) formación (teoría de las fuentes del derecho); 3) unidad (validez y norma fundamental); 4) plenitud (lagunas y su integración); 5) coherencia (antinomias y su eliminación); 6) relaciones entre ordenamientos (relaciones espaciales, temporales y materiales).

Mientras los estudios de teoría del derecho han hecho notables progresos en estos últimos años, la teoría de la justicia ha sido olvidada. E incluso, si algún buen estudio se ha iniciado en este campo, se refiere únicamente a la definición de justicia (Perelman y después Kelsen): no se ha pasado aún de la teoría analítica a la fenomenología, es decir, a la exploración, a través de una investigación de derecho comparado, de los criterios asumidos en cada caso, en las diversas civilizaciones y en las diversas épocas, para juzgar lo justo y lo injusto. Lo que tengo en mente en este punto es una especie de derecho natural al revés: la derivación de los principios de justicia de la naturaleza del hombre —tendencia constante de los iusnaturalistas— no es más que un atajo para quien no tiene aliento ni mapas suficientes para emprender el camino más largo y se contenta con imaginar el paisaje en vez de verlo. Creo que se llegará igualmente a la naturaleza del hombre, pero será un punto de llegada, no un punto de partida. Con todo, antes de acercarnos, será necesario hacer cuentas con la historia del derecho (comenzando por la etnografía jurídica). El criterio directivo de esta investigación debería ser el concepto de «justicia», entendida como el conjunto de los valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a

esa técnica de convivencia a la que solemos dar el nombre de derecho[1]. También me parece siempre iluminador considerar a la teoría de la justicia como estudio material del derecho y a la teoría del derecho como estudio formal: esta elabora las diversas formas en las que son recogidos los contenidos estudiados y elaborados por aquella.

Por teoría de la ciencia jurídica (el nombre me gusta cada vez menos, pero no encuentro otro mejor) entiendo el estudio de los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico. Efectivamente, desde que existe una reflexión de este tipo, la actividad del jurista ha sido considerada como una ciencia y confrontada con las demás ramas del árbol del saber. En los últimos siglos han sido elaborados y propuestos en rápida sucesión distintos modelos para la caracterización de la ciencia jurídica: entre los iusnaturalistas predominó el modelo matemático; la escuela histórica propuso el modelo historiográfico; Ihering elevó a modelo la historia natural (las ciencias descriptivas y taxonómicas); más tarde, al desgajarse del tronco de las ciencias tradicionales el grupo de las ciencias espirituales, de la cultura o normativas, la ciencia jurídica fue considerada en cada caso como ciencia espiritual, de la cultura o normativa; con la escuela realista, el nuevo modelo es el que ofrecen las ciencias naturales explicativas, como la física, la química o la biología, cuya misión es hacer previsiones más o menos probables sobre lo que ha de ocurrir; por influencia del positivismo lógico, la ciencia jurídica ha sido vista también bajo el particular prisma del análisis del lenguaje. Frente a tan desconcertante variedad de opiniones, creo que es una señal de prudencia invertir la ruta: en vez de construir un modelo extraído de los más diversos campos para adaptarlo al trabajo del jurista, comenzar a hacer un análisis de los distintos tipos de argumentación usados por los juristas en su trabajo cotidiano, al objeto de elaborar una nueva *logica legalis*, utilizando los servicios que pueda prestar el análisis —más riguroso y ampliado a campos cada vez más vastos— realizado por la lógica moderna (*lógica simbólica y nouvelle rhétorique*).

No he mencionado hasta ahora la historia de la filosofía del derecho: pero lo he hecho a propósito. Personalmente considero muy útil y apasionante el conocimiento del desarrollo histórico de las doctrinas: útil porque es una continua lección de modestia, y apasionante como puede serlo un viaje de exploración que amplía nuestros horizontes. Por eso me encuentro muy a menudo en mala disposición ante las distintas escuelas analíticas, neopositivistas, empiristas, que crecen en el aislamiento,

1. En esta línea, cf. el estudio de E. di Robilant, *Sui principi di giustizia*, Giuffrè, Milán, 1961.

no se sabe si más soberbio que ingenuo, respecto de las doctrinas precedentes. Pero no me gustan las historias de la filosofía del derecho como obras con sustantividad propia, porque generalmente son (y no pueden ser de otra manera) elencos de doctrinas más bien heterogéneas (aquí una ideología política, allá una teoría del derecho), expuestas resumidamente, en las que, aun cuando se encuentren dispuestas en orden cronológico, el autor se esfuerza por encontrar también un orden lógico cualquiera para dar a su obra esa unidad que la historia real de tantos siglos no tiene ni puede tener. Y no me gustan porque no las encuentro ni útiles ni apasionantes. Creo que el mejor modo de hacer la historia de la filosofía del derecho es el de dirigirse a las doctrinas del pasado tema por tema, problema por problema, esto es, de no olvidar, en el tratamiento de cada tema, los precedentes históricos. No concibo una buena teoría del derecho sin el conocimiento de Grocio o de Hobbes, de Kant o de Hegel, de Austin o de Thon; ni una buena teoría de la justicia sin el libro V de la *Ética a Nicómaco* o los análisis de Hume; ni una buena teoría de la ciencia jurídica sin Leibniz o Ihering.

5. *Utilidad de la filosofía del derecho*

Se dice a menudo que el jurista es hostil a la filosofía del derecho, pero en general es hostil a la filosofía del derecho que no comprende y de la que no ve la utilidad. No me parece tarea muy difícil mostrar la utilidad de los estudios mencionados en el epígrafe anterior para la formación de un jurista.

No hay que olvidar que el jurista estudia un determinado derecho positivo. Ahora bien, la teoría del derecho o del ordenamiento jurídico elabora los conceptos generalísimos que son comunes a todos los ordenamientos jurídicos y necesarios para la comprensión del fenómeno jurídico, sea cual sea el ambiente social en el que se manifieste; además integra el sistema jurídico entre los demás sistemas normativos, como la moral y los usos sociales, y ayuda, por tanto, al jurista a salir del propio aislamiento. La teoría de la justicia, al llamar la atención sobre los valores que inspiran a esta o aquella regla jurídica, pone al jurista en contacto con las matrices culturales de las que todo ordenamiento jurídico —y, por tanto, también aquel al que él se ha dedicado particularmente— se deriva y le vuelve más sensible a la comprensión de los distintos condicionamientos ideológicos del sistema jurídico que él debe interpretar. Por fin, la teoría de la ciencia jurídica ofrece al jurista la posibilidad de justificar los métodos empleados en su propio trabajo, los instrumentos de investigación y de construcción, la variada naturaleza y eficacia de los argumentos utilizados, y a la larga puede contribuir al

refinamiento y perfeccionamiento de la jurisprudencia. Por lo demás, el buen jurista es tan poco hostil a la filosofía del derecho, que, como ya he dicho, la mejor filosofía del derecho, sobre todo en el campo de la teoría del ordenamiento jurídico y de la teoría de la ciencia jurídica, ha sido hecha generalmente por los juristas. Si la teoría de la justicia ha sido olvidada por los juristas, no se puede decir que los filósofos la hayan cultivado intensamente: por lo demás, si hay que esperar un progreso en este campo de estudio, dependerá no tanto de especulaciones abstractas sobre el concepto de justicia como el desarrollo de los estudios de derecho comparado, que se encuentran en estado de deplorable retraso casi en todos los lados; dependerá, una vez más, del desarrollo de una determinada rama del saber jurídico.

No he hecho mención ni en el epígrafe anterior ni en este de los estudios sobre el derecho como fenómeno social (que he enumerado en el apartado 1, bajo la letra *c*), no ya porque no reconozca su interés y su utilidad, sino porque representan un tipo de estudio que se ha ido especializando más que los demás y que va entrando cada vez más en el ámbito de una disciplina de gran amplitud como la sociología. Me parece difícil que la enseñanza de la filosofía del derecho se pueda extender tanto como para abrazar también a la sociología jurídica sin correr el peligro de volverse ecléctica y enciclopédica; me parece más razonable esperar que, allí donde este tipo de estudios comience a florecer, se introduzca alguna cátedra de sociología jurídica.

Lo ideal sería una especialización aún más articulada que llegase a desmembrar el acervo de la filosofía del derecho en las distintas disciplinas que tradicionalmente esta comprende y que se han ido determinando y ampliando con el tiempo: teoría general del derecho y del Estado, filosofía política, metodología y lógica jurídica, etcétera. Pero se trata de un ideal difícilmente alcanzable; sin contar con que, por una sola vez, el homenaje a la tradición no me parece del todo ruinoso. Incluso ofrece algunas ventajas: en el fondo, la tarea de la filosofía del derecho, desde el punto de vista didáctico, es la de romper los diques que mantienen a las disciplinas jurídicas tradicionales en el embalse artificial de un sistema positivo. Este objetivo puede ser mejor cumplido minando la presa por varias partes a la vez: lo que puede hacerse con mayor éxito y fuerza de penetración por una disciplina unitaria, al menos académicamente, que por muchas disciplinas distintas, cada una por su cuenta.

3

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SUS PROBLEMAS*

1. *Cuatro problemas de la filosofía del derecho*

Hizo fortuna en Italia, a comienzos de siglo, la idea de que a la filosofía del derecho le corresponden tres tareas: *deontológica*, o doctrina de lo que el derecho debe ser; *ontológica*, o doctrina de lo que el derecho es; *fenomenológica*, o doctrina de la evolución del derecho en la sociedad. Quien había propuesto y quien seguía esta tesis consideraba muy probablemente que había logrado captar la «verdadera naturaleza», la esencia de la filosofía del derecho, a la que se han dedicado tantas páginas de doctas discusiones en las introducciones a nuestros tratados. En realidad, esta tripartición indicaba, sencillamente, no ya cuáles debían ser las tareas de la filosofía del derecho, sino los temas de los que habitualmente se ocupa el filósofo del derecho en la docencia universitaria. A la tarea deontológica le corresponde el estudio de los «valores» que inspiran el ordenamiento jurídico, y que habitualmente se resumen en la noción de «justicia». En esta primera encarnación la filosofía del derecho se presenta como una *teoría de la justicia* (que recibe la mayor aportación de la historia de las ideologías políticas). A la tarea ontológica le corresponde la elaboración de la noción de derecho y de todas las nociones jurídicas generales, a ella asociadas, como «poder», «deber», «norma», «sanción», «ordenamiento jurídico», «Estado», etc. Esta segunda encarnación de la filosofía del derecho es la que nosotros conocemos con el nombre de *teoría general del derecho* y que los ingleses llaman *jurisprudence* (aquí la mayor aportación es la que proviene de las disciplinas jurídicas particulares). Finalmente, a la tarea fenomenológica le corres-

* Traducción de Andrea Greppi.

ponde el estudio del derecho como fenómeno histórico y social y, por tanto, de aquella serie de problemas que suelen conocerse con el nombre de «relación entre derecho y sociedad». Con esta tercera encarnación la filosofía del derecho acaba desembocando en la *sociología jurídica* (y las disciplinas auxiliares son, esta vez, las ciencias sociales).

Como si esto no bastara, a esta tripartición se le escapaba toda una serie de problemas que suelen ser considerados como pertenecientes a la filosofía del derecho y de los que se han adueñado paulatinamente los filósofos del derecho, llegando incluso a convertirlos, al menos en Italia, en su objeto de estudio principal y preferido: me refiero al problema *metodológico* de la ciencia jurídica. No sé si es el caso de hablar de una cuarta y más reciente encarnación de la filosofía del derecho. Lo cierto es que una buena parte de la disciplina denominada «filosofía del derecho» coincide hoy con los estudios cada vez más difundidos de *metodología jurídica*. Aquí el filósofo del derecho cuenta con el auxilio de la teoría del conocimiento y de la lógica.

No voy a entrar en este momento en la discusión sobre la oportunidad de que materias tan dispares y que precisan competencias específicas muy distintas entre sí —de filósofo la primera, de jurista la segunda, de sociólogo la tercera, de lógico la cuarta— por el mero hecho de estar todas englobadas bajo el nombre genérico de «filosofía del derecho» sigan siendo atribuidas en nuestros planes de estudios a un mismo profesor. Me limito a observar que la excesiva extensión del ámbito dentro del que en nuestras facultades el filósofo del derecho tiene la libertad y el deber de moverse refleja, de una parte, una situación que en los hechos ha sido ya superada, esto es, una situación en que la distinción nítida entre varias esferas de conocimiento no había llegado todavía a cumplirse y, especialmente, en que dos de los campos de estudio citados, el de la sociología y el de la metodología, no habían alcanzado todavía el desarrollo de estos últimos años: y es que, en efecto, si se observa con detenimiento, los filósofos del derecho en Alemania y también en Italia, a comienzos de este siglo, debatían principalmente sobre los problemas de la *idea* y el *concepto* de derecho, que corresponden *grosso modo* a las dos primeras tareas. Y, de otra parte, reproduce una concepción de la filosofía que se ha vuelto obsoleta o que, por lo menos, yo no considero actual, según la cual la filosofía es una concepción global del mundo y el filósofo es un ser omnisciente que mete baza en todas las cuestiones y todas las resuelve sobre la base de esa concepción. Si se me pidiera opinión sobre la docencia en filosofía del derecho propondría que esta materia que, por la tentación que supone ocuparse de tres o cuatro tareas distintas, invita al docente a ocuparse de demasiadas cosas tomara el nombre que más se aproxima al contenido efectivo de una «teoría general del derecho» y se pusieran en marcha enseñanzas

colaterales, allí donde todavía no las hubiere, de historia de las ideologías políticas, de sociología jurídica y de lógica jurídica.

Sé bien que algún colega en Italia podría acusarme de hacerle un flaco favor a la disciplina que imparto desde hace muchos años. Le contestaría que en mi hipotética reforma (que por lo demás nunca llegará a realizarse) la única cosa que acabaría desapareciendo de la filosofía del derecho es el nombre. Pero no es culpa mía si este nombre se ha vuelto cada vez más genérico y, por tanto, inútil, y hasta peligroso, y continúa siendo pronunciado con ostentosa superioridad por los filósofos y con indiferencia maliciosa por los juristas. A cambio, la ventaja sería eliminar para siempre la disputa, puramente verbal, que ocupa tantas páginas de los tratados, sobre cuál es la verdadera naturaleza de la filosofía del derecho, sobre si la verdadera tarea de la filosofía del derecho es la de formular juicios de valor sobre el derecho vigente o la de construir la estructura formal del ordenamiento jurídico, o sobre si es ideología política o crítica de la jurisprudencia. Por lo demás, dado que «filosofía del derecho» no es sino un nombre, no hay nadie que tenga su monopolio. Cualquiera tiene derecho de usarlo a su manera, y también, si lo desea, de sacarle partido o de no usarlo en absoluto. Como mucho, si hubiera que seguir empleándolo en la forma más cercana al uso tradicional, diría que de las cuatro tareas examinadas, aquella a la que mejor se adapta el nombre es la primera, o teoría de la justicia, y la cuarta, o crítica de la jurisprudencia.

2. *El problema deontológico*

No todas estas distintas tareas de la filosofía del derecho han sido cultivadas con la misma intensidad en Italia a lo largo de las últimas décadas. Como información preliminar, aunque algo aproximada, diría que la segunda y la cuarta, esto es, las que se refieren a los problemas de la noción de derecho y a los de la crítica metodológica, son los que mayor atención han suscitado; mientras que la primera y la tercera han quedado algo relegadas, esto es, las relativas a los problemas de la justicia y de la relación entre derecho y sociedad.

Comencemos por el problema de la justicia. El panorama que se nos presenta es bastante pobre. El único intento de elaborar una teoría de la justicia es el realizado por Giorgio del Vecchio en una obra bien conocida que se remonta a 1923. Aparte de esto, no hay nada más que mencionar, salvo la perpetua disputa entre partidarios y detractores del derecho natural. Las filosofías oficiales, dominantes en Italia en el cambio de siglo, positivismo e idealismo, rechazaron decididamente el derecho natural y, a pesar de la diversidad de sus respectivos puntos de

partida, coincidieron en el punto de llegada, es decir, en la afirmación de que de la vieja doctrina lo único que podía ser rescatado era la exigencia de no conformarse con el derecho positivo como último criterio de valoración de los hechos humanos. Un positivista como Levi hablaba, siguiendo a Ardigò, de «idealizaciones sociales»; un idealista como Cammarata, de «crítica de las leyes». Pero ni las idealizaciones sociales del positivista ni la crítica de las leyes del idealista quedaban ancladas en valores absolutos, situados fuera de la historia, que habían de ser extraídos, como hacían los iusnaturalistas, de una naturaleza humana siempre igual a sí misma. Entre los juristas, por lo demás, iba abriéndose paso el formalismo jurídico, y con esta expresión entiendo la doctrina según la cual lo que caracteriza a una norma jurídica no es el tener uno u otro contenido, que solo puede ser valorado según el criterio de lo justo y lo injusto, sino el tener una forma determinada, como por ejemplo la de norma impuesta por los órganos del poder supremo.

Para quienes se sitúan en un punto de vista formal, para que una norma sea jurídica, no importa que sea justa; lo único que importa es que haya sido establecida por la autoridad que está autorizada para producir normas jurídicas. Una de las consecuencias más obvias de la concepción formalista del derecho era que el derecho natural, al no ser formalmente válido, no podía siquiera calificarse propiamente como derecho. Uno de los más conocidos juristas italianos, Carnelutti, a la vez que se alejaba del agnosticismo ético mantenido hasta entonces, y reconocía la existencia de leyes morales a las que el derecho debe obedecer, negaba que tales leyes pudieran ser legítimamente consideradas como «derecho natural», porque «el derecho, como tal, no es, no puede ser más que positivo, un conjunto de mandatos humanos»[1]. Se podría concluir que ante la expresión «derecho natural» los filósofos, tanto positivistas como iusnaturalistas, dirigieron su ataque contra el adjetivo, mientras que los juristas contra el sustantivo. Ante la pregunta: «¿Qué es el derecho natural?», unos negaron que fuera natural y otros que fuera derecho. Y sobre el campo de batalla, del derecho natural no había quedado ni rastro.

En los últimos años el escenario ha ido cambiando. Con igual fundamento que en 1929 Felice Battaglia escribía un pequeño libro sobre la *Crisis del derecho natural*, hoy podría escribirse uno que retomara el título del viejo libro de Charmont, *La renaissance du droit naturel* (1910). A mi juicio, han pasado dos cosas. Primera: la aparición de los Estados totalitarios y la catástrofe de la última guerra mundial han hecho despertar a los juristas, tanto en Italia como fuera, del sueño dogmático. Se dieron cuenta de que el derecho positivo que habían consi-

1. *Metodologia del diritto*, CEDAM, Padua, 1939, p. 30.

derado hasta entonces como una fortaleza se había convertido en una prisión. Ese mismo derecho que habían considerado, kantianamente, como garantía de la libertad externa del individuo se presentaba, a la manera marxista, como un mero instrumento de dominación. Pero una vez comprendido que el derecho era un simple medio, había que volver a ocuparse del fin. Y la vía más fácil para encontrar un fundamento al derecho positivo era una vez más la vieja vía del derecho natural, la vía que les indicaba una tradición nunca del todo clausurada, solamente adormecida. Segunda: en el terreno filosófico se había producido una crisis análoga. Aquí esos mismos acontecimientos habían puesto en entredicho la fe, propia del idealismo hegeliano, en la racionalidad de la historia: la astucia de la razón había tejido tramas tan sutiles y complicadas que hasta los representantes de la razón, los filósofos, habían acabado perdiendo el hilo. El idealismo, que había sido la filosofía dominante, en esos años fue perdiendo terreno: muchos de sus partidarios formaron una derecha idealista que se declara espiritualista y ha establecido una alianza con la religión dominante. Al mismo tiempo, debilitado hasta la extenuación el poderoso adversario, ha conseguido levantar la cabeza el neotomismo, nunca definitivamente abatido. Espiritualismo y neotomismo son dos viejos paladines del derecho natural: el punto de anclaje que esas doctrinas podían ofrecer a los juristas estaba en el viejo puerto del derecho natural. Fue así como, al mismo tiempo que los juristas se sacudían de encima su proverbial agnosticismo e intentaban salir de los muros domésticos del derecho positivo, los filósofos les colocaron en el camino, lista para el uso, la solución del derecho natural. (Por mi parte, habría preferido que la aventura, el viaje de descubrimiento de los juristas, fuera mucho más larga: me temo que del dogmatismo positivista hayan pasado a un dogmatismo distinto. Pero aquí me limito a describir lo sucedido y no añado más). El mismo Carnelutti, que en 1939 afirmaba que no existe más derecho que el derecho positivo, en 1951 escribía que el derecho positivo nace como un producto artificial sobre el tronco del derecho natural, el cual a su vez brota espontáneamente en el mundo del espíritu como las plantas en el mundo de la naturaleza[2].

El encuentro real entre filosofía del derecho y juristas en busca del derecho natural tuvo lugar en un congreso de la Unione dei giuristi cattolici en 1949: de ahí surgió un libro titulado *Diritto naturale vigente*, que no destaca tanto por la sutileza teórica como por la supervivencia del prestigio de una vieja fórmula, que sigue siendo invocada a pesar de que la crítica filosófica e histórica haya demostrado su insuficiencia.

2. «Bilancio del positivismo giuridico»: *Rivista trimestrale di diritto pubblico* I (1951), p. 284. Más tarde en *Discorsi intorno al diritto*, CEDAM, Padua, 1953, vol. II, p. 245.

La única propuesta interesante, para el historiador de las ideas, estaba en el título: los juristas habían rechazado hasta entonces el derecho natural porque consideraban la positividad como un elemento característico del derecho. Ahora finalmente lo aceptaban porque estaban convencidos o les habían convencido de que también el derecho natural, al igual que el positivo, es derecho vigente, esto es, no un sistema puramente ideal, sino un sistema real de normas, obligatorias, con la misma fuerza, si bien con distinto título, que el derecho positivo. En definitiva, «derecho natural vigente» ha sido una fórmula de compromiso, a la que los filósofos han prestado la sustancia, y los juristas, la forma.

3. *El problema ontológico*

El tema central de los filósofos del derecho en Italia ha sido el ontológico, o del concepto de derecho. Aquí el panorama estuvo dominado por dos disputas de carácter procedimental: 1) si el concepto de derecho, cuya elaboración corresponde al filósofo, es a priori o a posteriori; 2) si los caracteres diferenciales de derecho han de ser buscados en la norma en cuanto tal o en la actividad del sujeto que dicta la norma. Ambas disputas nacieron y se desarrollaron en el clima antipositivista que en Italia, como en otros lugares, caracterizaba al pensamiento filosófico en las primeras décadas del siglo y constituyeron dos diferentes intentos de reafirmar, desde puntos de vista dispares, la primacía de la filosofía sobre la ciencia. Frente a la reducción del concepto del derecho a un concepto empírico, obtenido por medio de la generalización de los datos ofrecidos por la sociología, los neoidealistas, como Petrone, Del Vecchio, Ravà, afirmaron que la tarea de la filosofía había de consistir en elaborar un concepto a priori de derecho, como presupuesto y condición de la propia experiencia jurídica. Frente a la pretensión de los positivistas, que aspiraban a conocer el fenómeno jurídico en su objetividad, los neohegelianos, con Croce y Gentile a la cabeza, partiendo de la hipótesis de que el derecho es un momento del Espíritu universal, que se resuelve en una determinada disposición del sujeto ante su actividad práctica, consideraron que la esencia del derecho no debía buscarse en hechos objetivos como las normas y las instituciones, sino en una particular determinación de la voluntad. Se habló de voluntad económica (Croce), de voluntad elegida (Gentile), de voluntad constante (Pekelis), de voluntad normativa (Cesarini Sforza), y también entre filósofos que no eran seguidores de la filosofía neohegeliana, de voluntad que ha alcanzado la conciencia del valor de la acción (Capograssi) y, recientemente, del derecho pura y simplemente como actividad (Piovani).

Pese al clamor suscitado por estos debates procedimentales —la joven escuela idealista se jactaba de haberle dado la vuelta al punto de vista tradicional en el estudio del derecho, contemplado ya no *a parte obiecti*, sino *a parte subiecti*—, a mi juicio, su importancia es menor de la que se les atribuyó en Italia. Lo que cuenta, sobre todo en una reseña informativa como esta, son los resultados: no los procedimientos, sino la sustancia.

Por lo que respecta a los resultados considero que las respuestas a la pregunta «¿Qué es el derecho?» pueden clasificarse en tres grupos, en función de que el derecho haya sido considerado: 1) como *relación intersubjetiva*; 2) como *norma de conducta*; 3) como *institución social*, o sociedad organizada. Y advierto enseguida, como prueba de la escasa importancia que debe reconocerse a las batallas sobre presupuestos procedimentales, que en cada una de estas clases han acabado encontrándose en amor y compañía filósofos y juristas que provienen de corrientes distintas y son feroces adversarios precisamente con respecto a tales presupuestos. Entre los partidarios de la teoría del derecho como relación intersubjetiva, el neokantiano Del Vecchio, el idealista absoluto Battaglia y el positivista Levi; entre los partidarios de la teoría normativa, el gentiliano Cammarata y el jurista Carnelutti; entre los defensores de la concepción institucional del derecho, un jurista positivo como Romano y filósofos de temperamento y orientación tan dispar como Capograssi y Fassò.

Si hay una característica entre los filósofos del derecho que merezca reseñarse, cualquiera que sea su orientación filosófica, es la tendencia a absolutizar las categorías de las que hacen uso, eliminando las diferencias específicas para ver únicamente lo que hay en común, creyendo que de esta manera van a conseguir eliminar de la noción que se proponen ilustrar los elementos empíricos y accidentales. Véase el siguiente ejemplo. Para el jurista, la relación jurídica es una relación intersubjetiva que se distingue de la clase general de las relaciones intersubjetivas por una serie de rasgos particulares, como por ejemplo el vínculo obligatorio que une a los dos sujetos: en cambio, según Levi, toda relación social es una relación jurídica por el mero hecho de ser una relación intersubjetiva. Se ha hablado de una concepción relacional del derecho (Battaglia), y del derecho como relación (Treves), como si una vez tomada la relación entre sujetos como elemento constitutivo de la realidad jurídica, no hiciera falta añadir nada más. Otro caso: para el jurista la norma jurídica es una regla de conducta que se distingue de las demás reglas de conducta por ciertos requisitos específicos, como el hecho de contar con el respaldo de una sanción organizada. En cambio, para Cammarata toda acción considerada *sub specie legis* es jurídica, ya que en su opinión basta, para que una acción pueda ser considerada como jurídica, que de ella pueda predicarse una de las tres calificaciones normativas de la acción, como obli-

gatoria, permitida o prohibida. De la misma forma que de la definición del derecho como relación se deriva la teoría filosófica de la relacionalidad del derecho, así de la tradicional definición del derecho como regla de conducta se deriva la teoría filosófica del derecho como normatividad. Finalmente: cuando un jurista como Romano afirma que el derecho es institución con ello no quiere decir que el derecho consiste en un tipo cualquiera de agregado social, sino en un tipo determinado de sociedad en el que las actividades de sus miembros están ordenadas por medio de una red de normas e instituciones que constituyen la organización social. Pero recientemente Fassò ha sostenido que es imposible distinguir entre instituciones organizadas e instituciones que no lo están, ya que todas las sociedades, y hasta todas las relaciones que los hombres establecen con otros hombres, contienen un germen de organización, y por tanto son instituciones jurídicas. Junto al derecho como relacionalidad y como normatividad tenemos ahora, y era precisamente lo único que faltaba, la teoría del derecho como institucionalidad.

No quisiera dar la impresión de que atribuyo estas características formas de reduccionismo al mero capricho. Los filósofos miran hacia arriba, no hacia abajo. Uno de los problemas más viejos de la filosofía del derecho es la distinción entre derecho y moral. Pues bien, cuando el filósofo del derecho dice que el derecho es relación está pensando fundamentalmente en diferenciarlo de la moral, la cual no se refiere a la bondad de mi acción frente a la del otro, sino a la bondad de la acción en absoluto o de la acción en sí misma. Cuando dice que es normatividad se refiere a otra de las tradicionales maneras para distinguir entre derecho y moral, basada en la distinción entre acción conforme a la norma (legalidad) y acción libre (autonomía). Y finalmente quien reduce el derecho a institución es claro que tiene en mente alguna otra cosa que no puede ser institucionalizada, la vida moral, la vida que es vivida «más allá de toda conciencia racional, por quien por un instante se eleva, gracias a una maravillosa excepción, de la normalidad de la vida social a la libertad suprema del Absoluto»[3].

4. *El problema fenomenológico*

Por lo que respecta a la tarea fenomenológica, que implicaba una toma de contacto, en positivo o en negativo, con la sociología jurídica, no hay margen sino para algunas consideraciones melancólicas. Revitalizada durante el positivismo, hasta el punto de alcanzar, con Ardigò, un papel protagonista, y tras haber suscitado en el clima positivista buenas expec-

3. G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milán, 1953, p. 141.

tativas con la sociología criminal, con el renovado interés de insignes juristas (de Brugi a Bonfante) por el estudio de las relaciones entre instituciones jurídicas y sociedad, con algún intento aislado y todavía ingenuo de construir una teoría del derecho y del Estado sobre bases sociológicas (Vaccaro), la sociología del derecho cayó, como es bien sabido, en un grave descrédito durante las primeras décadas del siglo. No bastó para defender el rango de disciplina privilegiada la constante atención que le han dispensado hasta nuestros días algunos fieles discípulos de Ardigò (como Groppali).

A su decadencia contribuyó en primer lugar la restauración filosófica de comienzos de siglo, que tuvo lugar en Italia bajo la bandera del idealismo. Es significativo que uno de estos idealistas (Petrone) escribiera en 1905 un artículo para demostrar «la elisión lógica de la sociología en la filosofía del espíritu». El núcleo de aquel artículo era que la sociología no tenía un objeto: una vez asignado el estudio de los fenómenos sociales e históricos particulares aquello que un tiempo correspondía a la filosofía, a la sociología no le quedaba ya nada de que ocuparse. ¿Qué es la sociología? Con la misma alegría con la que los positivistas habían respondido «todo», los nuevos idealistas respondían «nada». La batalla por la nueva filosofía fue, en el campo de los estudios jurídicos, en gran medida, una batalla contra la sociología. Por la influencia que los dos mayores filósofos del tiempo, Croce y Gentile, ejercieron sobre la cultura italiana, la sociología pasó a ser considerada por sus seguidores como algo tan deplorable como es la alquimia para el químico. Quien se ocupaba de ella era tomado por alguien que se ocupa de cosas inútiles o trasnochadas. Un investigador como Mazzarella, que a lo largo de más de treinta años fue sumando uno tras otro más de veinte volúmenes de etnología jurídica (catorce de ellos dedicados al antiguo derecho hindú), vivió aislado e ignorado, a veces admirado con esa mezcla de curiosidad y sorpresa con la que se mira a los animales prehistóricos; y ninguno de los filósofos del derecho de la nueva escuela se ha ocupado de él, ni siquiera para atacarlo. Cuando Pareto publicó esa obra imponente por dimensiones y riqueza de ideas que es el *Trattato di sociologia generale* (1916), la indiferencia general por la denostada ciencia empírica de los hechos sociales no se tambaleó. Pareto era culpable del delito de lesa filosofía y eso bastaba para dictar contra él la más severa condena. Croce se limitó a amonestarlo; De Ruggiero lo crucificó, escribiendo que había leído esa obra «con un sentimiento de profunda tristeza»[4].

En el campo de los estudios jurídicos, el golpe de gracia a la sociología lo dieron los propios juristas. A principios de siglo se habían im-

4. B. Croce, *Etica e politica*, Laterza, Bari, [2]1945, p. 245; G. de Ruggiero, *La filosofia contemporanea*, Laterza, Bari, [3]1947, vol. II, p. 230.

plicado en esa elaboración de la jurisprudencia como ciencia que se conoce con el nombre de jurisprudencia sistemática. Nacida en el campo del derecho privado, la jurisprudencia sistemática se extendió rápidamente al derecho procesal, constitucional y penal. El motivo inspirador de esta tendencia era la convicción de que el objeto de la jurisprudencia es el derecho positivo o, como se decía por entonces, los mandatos del legislador, y que su objeto principal es la construcción de categorías generales tomadas de la comparación, clasificación, sistematización de los comportamientos regulados por la ley. Semejante manera de concebir el trabajo del jurista eliminaba de su horizonte de intereses tanto las fuerzas históricas y los intereses sociales que habían producido las normas, como el comportamiento efectivo de aquellos sujetos a los que las leyes se referían; ignoraba, en suma, todo aquello que puede convertirse en objeto de la sociología jurídica. Se estableció la contraposición entre el método jurídico y el método sociológico, y se afirmó insistentemente que el único método que le conviene al jurista es el primero. Por poner el ejemplo más llamativo, incluso en el campo del derecho penal, donde mayor había sido la influencia de la escuela sociológica, empezó a difundirse una orientación contraria, conocida como técnico-jurídica, expresión mediante la cual se entendía el análisis de las disposiciones de la ley positiva penal para su interpretación y ordenación en el sistema. Así, mientras los filósofos idealistas decretaban el ostracismo de la sociología, los juristas demostraban que no les hacía ninguna falta. Unos y otros, aunque por razones distintas, contribuyeron a debilitar el interés por la sociología jurídica, dejándola por muchos años en un estado de completo abandono.

Se ha observado también[5], y creo que acertadamente, que al silencio sobre la sociología y sobre el pequeño número de sociólogos fieles a una disciplina que ha ido quedando cada vez más debilitada ha contribuido la atmósfera política en que fue madurando y asentándose a lo largo de años en Italia un régimen totalitario. La sociología había encontrado eco a finales del siglo pasado en ambientes políticos radicales; hizo furor entre intelectuales socialistas o tendentes al socialismo. Fue considerada muchas veces el modo científico para afrontar la cuestión social; y también por la afinidad del nombre fue vista a menudo, sin serlo, como pariente cercana del socialismo. Prescindiendo de todo tinte ideológico, la sociología traía consigo la exigencia de la política como ciencia. Los regímenes totalitarios surgieron, en cambio, bajo el signo del irracionalismo, de la exaltación del genio, del instinto. La política se presentaba con los ropajes de la religión, se entiende, de una falsa religión. Los vie-

5. U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milán, 1955, p. 109.

jos positivistas, ahora despreciados, trataban al hombre político como a un hermano menor del científico social; los totalitarios, en cambio, invocaban al jefe carismático como a un hermano menor del chamán. Los primeros cultivaban el ideal de una política elaborada en el gabinete del científico; los segundos preferían un diálogo apasionado, a pie de calle, entre el jefe y la muchedumbre. Una de las funciones prácticas de la sociología era la de despejar el terreno político de los mitos que impedían la liberación del error y la miseria; mitos y supersticiones sociales fueron útiles instrumentos de dominación en la «era de las tiranías». Y si la historia y la ciencia seguían siendo invocadas era solamente por el servicio que podían prestar a quienes ostentaban el poder, pero no produjeron más que la falsa historia de la ideología imperial y la falsa conciencia de la ideología racista.

Caídos estos impedimentos que hemos ido señalando se observa en estos últimos años un renovado interés por la sociología, por más que hasta el momento no haya llegado a producir frutos maduros. De un lado, la filosofía idealista ha dejado de ser dominante. Las orientaciones filosóficas que ocuparon su lugar, y me refiero sobre todo a las filosofías militantes como el neoempirismo, el neomarxismo y el pragmatismo, son partidarias de las investigaciones sociológicas. Incluso la corriente espiritualista, difundida sobre todo en ambientes académicos, se ha revelado amiga de la sociología aunque no sea más que por el hecho de haber combatido con su mismo enemigo, el historicismo: uno de los personajes más eminentes del mundo cultural y político católico, Luigi Sturzo, se interesó por la sociología y su nombre ha sido utilizado para designar un instituto que se ocupa de este tipo de investigaciones. Por otra parte, en el campo específico de la filosofía del derecho una insistente apelación al abandono del formalismo y, al mismo tiempo, al estudio de las relaciones entre el momento jurídico y la sociedad, entre la forma jurídica y los valores éticos, políticos, culturales, ha venido de estudiosos afines a las filosofías heterodoxas, como la filosofía de los valores y de la cultura (Perticone, Treves), cuya atención por las relaciones entre régimen político y ordenamiento jurídico, entre valores culturales y derecho, ha de ser considerada aquí, en el marco de estas notas, como una contribución a la tarea fenomenológica de la filosofía del derecho, que sigue caminos distintos a los de la filosofía hegeliana de la historia o de la sociología positivista.

Además, las rápidas transformaciones sociales, la cada vez más extensa intervención del Estado en las relaciones económicas con la consiguiente vertiginosa sucesión y acumulación de leyes, los problemas derivados de la inflación y el paso de un régimen totalitario a uno democrático, sin una renovación de los textos legislativos, han obligado a los juristas a examinar con mayor atención la realidad de los intereses

sociales y a dejar de considerar como su única tarea la interpretación de la ley. No digo que el tecnicismo jurídico esté en decadencia; pero había llegado a tal grado de perfección formal que había empezado a resultar molesto. Y, como sucede siempre, cuando el método lógico-formal decae, el método sociológico recobra su protagonismo. Son frecuentes los llamamientos de los juristas a fijarse más en la vida y menos en los libros.

Finalmente, la vuelta al régimen democrático estimula las investigaciones sociológicas en la misma medida en que el mantenimiento del régimen totalitario las obstaculizaba. Es bien sabido que las investigaciones sociológicas están hoy más avanzadas en los países que cuentan con una larga tradición de gobierno democrático. Aquí me limito a una observación: donde para gobernar se recurre menos a la fuerza y más a la persuasión se precisa un conocimiento más ajustado de los intereses, las necesidades, las ideas de los distintos grupos que componen la sociedad. Las investigaciones sociológicas son uno de los instrumentos que propician ese conocimiento. La política democrática tiende a limitar con una política científica, uno de cuyos instrumentos es la indagación sobre las estructuras sociales en las que se enmarca la obra del legislador.

5. *El problema metodológico*

El cuarto problema, el metodológico, ha suscitado entre filósofos del derecho y juristas italianos el mayor interés. Se divide tradicionalmente en dos problemas: 1) si la jurisprudencia es ciencia; 2) en caso de que lo sea, a qué tipo de ciencia pertenece. Dado el predominio en Italia, desde finales del siglo pasado, de la corriente sistemática, el primer problema ha sido resuelto generalmente en sentido afirmativo. Algunas dudas sobre esta solución han aparecido recientemente en los estudios de Leoni, que tienden a poner de manifiesto, dentro de la experiencia jurídica, un elemento irracional, es decir, irreductible a cualquier construcción unitaria y coherente. Algunos, cansados del excesivo tecnicismo de la dogmática tradicional, en la crisis de la jurisprudencia de conceptos, se han dejado llevar por la tentación de considerar, siguiendo una antigua distinción, el trabajo del jurista no como ciencia sino como arte. Pero no es una tendencia viva y no ha dado lugar a verdaderas batallas ideológicas.

La cuestión con diferencia más debatida ha sido la segunda. Siguiendo las huellas del historicismo, la clasificación de las ciencias que ha tenido un mayor eco es la que distingue entre ciencias naturales o generalizantes y ciencias históricas o individualizantes. Se trataba de saber si la ciencia jurídica era una ciencia natural o una ciencia histórica. Los filósofos del derecho, situados en la corriente dominante, el idealismo

historicista, respondieron al unísono, con Croce y Gentile, y salvo alguna excepción (Calogero), que la ciencia jurídica es una ciencia natural (Cesarini Sforza, Cammarata, Battaglia). Y fue tan decisivo el clima cultural creado por el idealismo que los autores situados en orientaciones contrarias, como por ejemplo Capograssi, aceptaron la tesis de que la ciencia jurídica constituye el momento de la investigación objetiva sobre la experiencia jurídica, esto es, del derecho como voluntad abstracta del legislador, el momento, habría dicho un idealista, en que el derecho se presenta como naturaleza y no como espíritu. Por lo demás, precisamente desde esta otra orientación, se llegó a la conclusión de que los filósofos estaban diciendo las mismas cosas que los juristas, los cuales, por medio de Carnelutti, atribuyeron a la ciencia jurídica esas mismas operaciones de observación del dato externo, de comparación y clasificación, de descomposición y recomposición, que son características de las ciencias naturales y las distinguen de la historia como estudio de aquello que es individual e irrepetible.

Había, sin embargo, entre filósofos y juristas, una gran diferencia: la expresión «ciencia natural» era utilizada por unos y otros con una distinta carga valorativa, negativa para los primeros, positiva para los segundos. Para un idealista afirmar que la ciencia del derecho era una ciencia natural equivalía a considerarla como una forma de conocimiento inferior a la filosofía y a la historia: forma inferior de conocimiento caracterizada, según Croce, por la elaboración de meros pseudoconceptos (frente a los conceptos puros), o limitada, según Gentile, al campo de esa lógica abstracta que se contrapone a la lógica filosófica o concreta. Para el jurista, en cambio, que había considerado siempre las ciencias de la naturaleza como un modelo de investigación científica, como la ciencia por excelencia, atribuir a la ciencia jurídica el título de ciencia natural significaba reconocer el largo camino recorrido desde la pura y simple exégesis de los códigos a la elaboración sistemática de las categorías jurídicas, evaluando positivamente su reciente desarrollo y sus posibilidades futuras. Era, en definitiva, un título honorífico, de la misma forma que para los filósofos un motivo de condena. En otras palabras, puede decirse que para los juristas el reconocimiento de la cientificidad de la jurisprudencia era un punto de llegada; para los filósofos era simplemente un punto de paso para llegar a ese conocimiento más profundo de la experiencia jurídica al que tiene acceso quien, desde la historia o desde la filosofía, asciende de la norma al acto que establece la norma, o desciende de la abstracción de la ley a la concreción de la realidad histórica, respecto de la cual la ley no es más que una de sus manifestaciones.

Considero que esta distinción de planos entre ciencia abstracta e historia concreta —que ha sido uno de los caballos de batalla del historicis-

mo italiano— no ha dejado de ejercer una influencia benéfica sobre el desarrollo de la ciencia jurídica. Ha ayudado a ver dos grandes peligros, insitos en el llamado naturalismo de los juristas: 1) el peligro del *objetivismo*, según el cual, una vez identificada la experiencia jurídica con la norma objetiva, el trabajo del intérprete, como el del biólogo, el químico, el físico acaba consistiendo en reproducir y reconstruir los fenómenos dados sin valorarlos, de donde se sigue la afirmación de que la interpretación jurídica es una actividad reproductiva y no también creativa, una pura y simple labor de transmisión de la ley y no también de colaboración con el legislador; 2) el peligro del *formalismo*, según el cual, una vez separada la norma jurídica de la historia que la ha producido y la sociedad de la que es reflejo, el trabajo del jurista se resuelve en la elaboración de categorías formales y en el desesperado intento de obtener la solución al caso controvertido mediante la deducción a partir de principios y no mediante la investigación de la realidad social, de donde se desprende una consideración de la interpretación jurídica más como investigación lógica que como investigación histórica o sociológica.

Y, en efecto, si tuviéramos que dar una valoración de conjunto sobre la orientación actual de la ciencia jurídica en Italia no sería temerario afirmar que el naturalismo jurídico ha entrado en decadencia. No carece de significado que uno de los juristas que habían sido más directamente influenciados por una educación filosófica idealista, Ascarelli, haya estado en la vanguardia de esta polémica antinaturalista, afirmando, contra el objetivismo, que la interpretación jurídica es creativa y no meramente reproductiva, y contra el formalismo que el jurista no puede desentenderse de las condiciones históricas en que nacen las instituciones jurídicas y de la función económica que cumplen. No digo que se esté llegando a la reivindicación del derecho libre, que en Italia nunca ha echado raíces. Simplemente, el puro tecnicismo jurídico, que había alcanzado una notable perfección, comienza a ser contemplado con desconfianza y ya nadie se conforma con él, ni con los resultados que ofrece. Un síntoma: uno de los juristas más representativos de la generación del tecnicismo, Piero Calamandrei, en 1941 hacía un elogio de la ciencia jurídica como guardiana de la legalidad, mientras que en uno de sus últimos escritos se lamentaba por el abuso de la lógica abstracta e invitaba a los jueces a tomar con mayor valentía la vía de los juicios de equidad[6].

Una última observación; no ha dejado de tener eco en el campo de la metodología jurídica el reciente movimiento de revisión de la concepción tradicional de la ciencia y la lógica, que ha tomado el nombre

6. «Il nuovo processo civile e la scienza giuridica»: *Rivista di diritto processuale civile* XVIII (1941), pp. 53-75; «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* IX (1955), pp. 252-272.

de positivismo lógico. Algunas voces en esta dirección ya se han hecho oír; y va difundiéndose un aura favorable a esa mayor sensibilidad lingüística que es fruto de los distintos movimientos de la filosofía analítica. No me sorprendería que a través de una más madura concepción del conocimiento científico y de los nuevos instrumentos de la lógica y el análisis del lenguaje llegara a desarrollarse, como reacción a la tendencia antidogmática, una nueva tendencia a la revalorización de los ideales de la certeza y el rigor. Pero en esta dirección no se trata tanto de imponer a la ciencia jurídica una nueva concepción predeterminada de la ciencia misma, conforme a la misma pregunta que se hacían hasta ahora los filósofos del derecho: «¿Es la ciencia jurídica una ciencia natural o una ciencia histórica?». De lo que se trata es de llevar a cabo una investigación particular de los procedimientos utilizados por los juristas en su trabajo de interpretación y sistematización, y no tanto de elaborar una epistemología jurídica, una lógica jurídica y una teoría de la argumentación jurídica.

6. *Lo que la filosofía del derecho ha hecho y lo que debería hacer*

A guisa de conclusión quisiera tocar dos puntos: 1) la contribución que la filosofía del derecho ha dado a los estudios jurídicos en las últimas tres décadas; 2) los temas de la filosofía del derecho que actualmente merecen una mayor atención en los distintos campos hasta aquí examinados.

En general puede decirse que la contribución de la filosofía del derecho a los estudios jurídicos ha sido la clarificación de los problemas de delimitación y el incremento de la conciencia crítica respecto de los tradicionales problemas generales del derecho y, por consiguiente, la ruptura de posiciones cristalizadas. Respecto al problema de la justicia, la posición combatida por la filosofía del derecho, tanto en su orientación iusnaturalista como en su orientación antiiusnaturalista, ha sido la del legalismo ético, o concepción legalista de la justicia, según la cual lo justo es aquello que es conforme a la ley o, en otras palabras, la ley es justa por el mero hecho de ser ley. Ha habido una disposición común de los filósofos del derecho a acentuar la diferencia entre hechos y valores, a considerar la justicia como valor y el derecho como hecho histórico y social, aunque diferenciándose enseguida entre sí al situar el fundamento de los valores en la voluntad divina, la naturaleza o la historia.

En el ámbito de las cuestiones relativas al concepto de derecho me parece que la mayor contribución hecha por la filosofía está en la distinción entre derecho y Estado y en la ampliación del concepto de derecho —no importa aquí si entendido como relación, como norma o como institución— hasta incluir ordenamientos distintos del estatal. En la actividad tradicional de los juristas había ido consolidándose, junto a una concepción legalista de la justicia, una concepción estatalista del derecho. Entre los filósofos del derecho, en cambio, ha prevalecido una concepción opuesta, afirmada por Croce, elaborada principalmente por Romano, y acogida favorablemente por autores pertenecientes a las más diversas orientaciones. Conforme a esta teoría, llamada de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, el derecho es un fenómeno social y el Estado no es sino una de las formas, aunque históricamente la más relevante, de las sociedades jurídicamente organizadas.

Con respecto al problema de la ciencia jurídica considero que gracias a la orientación historicista predominante en Italia se han abierto las puertas a las corrientes metodológicas más arriesgadas, que han ido paulatinamente erosionando el edificio de la dogmática jurídica y han alejado a los juristas del culto al puro tecnicismo. No digo que el tecnicismo jurídico, cuyos méritos nadie puede desconocer, deba ser abandonado. Sino que ya no le satisface plenamente a nadie. Los mismos juristas que lo practican son conscientes de sus limitaciones y, sin dejar de practicarlo, intentan ampliar el horizonte en que se inscribe el fenómeno jurídico, introduciendo nuevos métodos de investigación.

Y ahora, para terminar: ¿cuáles son los temas de la filosofía del derecho en los que vale la pena profundizar?

En el campo de la teoría de la justicia (tarea deontológica), entendida la justicia como un criterio de valoración de los comportamientos humanos, los problemas más estimulantes son aquellos, recientemente abordados por los filósofos analíticos, que se refieren a los juicios de valor, a su naturaleza y a su *estatus* lógico, a la relación entre juicios de valor y juicios de hecho. Sobre la base de la distinción entre juicios de valor y juicios de hecho, y de la imposibilidad de deducción entre ellos, debería retomarse la crítica de la doctrina del derecho natural (cuyo retorno se debe a razones políticas, sentimentales, más que teóricas), en la medida en que dicha doctrina se caracteriza por la pretensión de obtener valores a partir de hechos, el criterio de valoración de las acciones humanas a partir de la existencia, o presunta existencia, de ciertos caracteres constantes en el ser humano. El rechazo del derecho natural nos obliga a realizar una extensa y pormenorizada investigación sobre los criterios de valoración que están incluidos en el término genético «justicia», y de sus relaciones recíprocas, una investigación que debería llevarse a cabo positivamente, sobre la base de un número cada vez mayor de ordenamientos históricos y vigentes, y que no está todavía a nuestro alcance. Se trata de una investigación que podría denominarse *fenomenología de la justicia*.

En el campo del concepto de derecho (tarea ontológica) soy de la opinión de que la orientación más fecunda y fructífera ha sido la kelseniana y que es conveniente darle continuidad desarrollando las investi-

gaciones de Kelsen y su escuela sobre la *teoría formal del ordenamiento jurídico*. No se trata de suscribir todas las soluciones de Kelsen, sino de proseguir su obra. A tal fin pueden resultar útiles las investigaciones cada vez más intensas de los lógicos sobre la lógica de las proposiciones normativas. Yo diría que en este campo estamos pasando del estudio de la estructura de la norma jurídica (los famosos debates sobre si la norma es un mandato o un juicio, sobre quiénes son los destinatarios de la norma jurídica, etc.), que apasionó a los teóricos del derecho a finales del siglo pasado, al estudio de la estructura del ordenamiento jurídico (donde destacan sobre todo los méritos de Kelsen), el cual nos sitúa frente a los problemas del ordenamiento como sistema de reglas de conducta con sus tres problemas interrelacionados de la jerarquía, la compatibilidad y la completitud de las normas que lo componen.

En el campo de la llamada investigación fenomenológica se trata de abandonar las grandes síntesis, insuficientemente fundamentadas, en las que se embarcaron los positivistas con un exceso de confianza en la sociología, y de poner en marcha estudios pormenorizados sobre la composición, la estructura, la función y la dinámica de los grupos sociales, cuyo conocimiento resulta particularmente interesante para el jurista (desde la familia a las grandes asociaciones), para obtener todas las indicaciones que puedan resultar útiles para lograr una legislación técnicamente adecuada y una interpretación evolutiva; en especial sobre esa forma de sociedad, extensa y compleja, que es la sociedad estatal, en la que emergen los problemas de la formación y el ejercicio del poder, de la clase política y la clase dirigente, de la circulación de las élites y su composición, de las ideologías políticas y su influencia real en la determinación de la conducta, que son los problemas tradicionales de la filosofía política, de los que el filósofo del derecho no puede en ningún caso desentenderse si no quiere resignarse a la aceptación pasiva de una mitología política que pertenece al pasado.

Finalmente, en el campo de la teoría de la ciencia del derecho (tarea metodológica), la llamada disputa de los métodos «¿jurisprudencia conceptual o jurisprudencia de intereses, interpretación declarativa o creativa?» se va agotando, entre otras cosas porque nos vamos dando cuenta de que detrás de los distintos métodos hay orientaciones éticas y políticas distintas, y que la diferencia de los resultados no depende tanto de los planteamientos metodológicos como de los diferentes puntos de partida ético-políticos de los que se extraen los contenidos normativos. Hoy el problema más serio en este campo no es tanto el de proponer nuevas maneras de interpretar la ley, como el de estudiar los procedimientos intelectuales efectivamente utilizados por el legislador al dictar las normas, por el jurista y por el juez al aplicarlas, sirviéndose de los nuevos instrumentos proporcionados por la lógica simbólica y la teoría de la ar-

gumentación, de la misma manera que los juristas medievales los habían estudiado sirviéndose de la lógica y la retórica clásicas. Se trata de una exploración amplia y objetiva del arsenal lógico de los juristas que debe perseguir el enriquecimiento de ese capítulo de la filosofía del derecho, generalmente olvidado, que es la *lógica legal*.

Que estos sean los temas actuales de la filosofía del derecho no significa que sean los más frecuentemente tratados: hay todavía filósofos del derecho en Italia que parecen inclinarse generalmente hacia el estudio de temas que a mí me parecen menos interesantes o completamente agotados. Son temas actuales para mí, es decir, son los temas de los que vengo ocupándome desde hace algunos años y de los que me gustaría seguir ocupándome en el futuro.

Segunda Parte

DEL POSITIVISMO JURÍDICO

PREMISA

Uno de los mayores obstáculos que se interponen en el camino de la filosofía del derecho e impiden el libre curso de las disciplinas que deberán recoger su legado es la disputa tradicional entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, que se presenta como un conflicto entre dos escuelas en guerra permanente entre sí y tendentes, cada una de ellas, a la eliminación del adversario.

Los ensayos de esta segunda parte pretenden mostrar las distintas facetas de este conflicto, para limitar el espacio que ocupa en el desarrollo de nuestros estudios. Se comienza, en el primer ensayo, con un análisis de los significados de formalismo jurídico, que se ha convertido en el blanco polémico de los viejos iusnaturalistas, de un lado, y de los nuevos realistas, de otro, aliados entre sí, y se intenta mostrar que no todas las especies de formalismo pueden ser abatidas con los mismos golpes. Se prosigue, en el segundo ensayo, con una investigación sobre los distintos significados de «positivismo jurídico», presentado ora como manera de aproximarse al estudio del derecho, ora como teoría del derecho y del Estado, ora como ideología política. Y se concluye, en el tercer ensayo, proponiendo una distinción entre tres formas típicas de iusnaturalismo, que nos permite plantear la antítesis entre positivismo jurídico y iusnaturalismo en planos diferentes, para no caer en una esquematización sectaria.

El apéndice ofrece una confirmación de las tesis sostenidas en el segundo ensayo, a propósito de un libro reciente.

4

FORMALISMO JURÍDICO*

1. *La rebelión contra el formalismo*

Si tuviese que escribir un estudio acerca de las orientaciones de la teoría del derecho en Italia después de la guerra, quizás no podría resistir a la tentación de hacer mío el título del afortunado libro de Morton White sobre la cultura norteamericana de la época de F. D. Roosevelt: *la rebelión contra el formalismo***. Los testimonios son tantos y tan importantes que la única dificultad es la de la selección***. La historia no es nueva: formalismo y antiformalismo son las posiciones extremas y siempre recurrentes entre las que oscila el péndulo de la jurisprudencia, como clasicismo y romanticismo en estética, conservadurismo y radicalismo en política. Cuando mi generación inició sus estudios, el tecnicismo jurídico —así se llamaba a la nueva encarnación del formalismo— celebraba su triunfo sobre las tendencias sociológicas, sobre la escuela de derecho libre, sobre la libre investigación científica. Era una auté-

* Traducción de Ernesto Garzón Valdés.

** M. G. White, *Social Thought in America. The Revolt Against Formalism*, Viking Press, Nueva York, 1949.

*** Basten estos dos que elijo entre los más representativos. Arturo Carlo Jemolo, en su trabajo titulado «Confesiones de un jurista», escribía en 1947: «Juristas y no juristas, sobre todo en las partes de Italia que han sufrido la ocupación alemana, nos hemos dado cuenta de que la vida moral no puede reducirse a fórmulas, por más que sean las más seguras y omnicomprensivas» (*Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milán, 1957, p. 118). Y Piero Calamandrei, al inaugurar en 1950, en Florencia, el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, rechazaba aquella especie de «cortesía científica» que lleva a los cultivadores del derecho «a creer que nuestras construcciones lógicas, nuestros sistemas, son más verdaderos, más reales, podría decirse, que aquella realidad práctica que se vive en los tribunales» (*Studi sul processo civile*, CEDAM, Padua, 1957, vol. VI, p. 10). [Este texto aparece en la primera edición castellana de este ensayo, pero no en las ediciones posteriores. *N. del T.*].

tica rebelión contra el antiformalismo. La rebelión contra la rebelión, a la cual asistimos hoy, no es más que un momento normal en el cambio alternado de los estudios jurídicos: aquellos que por razón de su edad cabalgan sobre dos generaciones y que han vivido, por ello, los días fastos y nefastos del tecnicismo, no se maravillan; más bien irguiéndose para contemplar el proceso histórico en su movimiento complejo y variado, han aprendido a cuidarse de los ardores demasiado iconoclastas, de las impaciencias demasiado vehementes, de las esperanzas demasiado confiadas. Su tarea en la actualidad puede consistir en procurar que en la reacción contra el pasado no se pierda aquello que era válido, digno de ser conservado; evitar que por odio a cualquier exceso se quiera recomenzar todo desde el principio, y por amor a lo nuevo por lo nuevo, se presente como descubrimiento lo que es simplemente exhumación. Me doy perfecta cuenta de que la historia procede a saltos; como, asimismo, son demasiado evidentes las razones históricas, sociales, ideales de la transformación, aun en el pensamiento jurídico, como para justificar una actitud de incomprensión, de resistencia o, peor aún, de desafío. Pero una de las tareas del hombre de razón y de ciencia es hacer que estos saltos no sean demasiado bruscos.

No es mi intención hacer un balance ya perfectamente realizado por otros[1]. Mi propósito es más modesto. Ya que está en tela de juicio el formalismo jurídico, no parece inoportuno e impertinente formular, a modo de introducción, la siguiente pregunta: ¿Qué se entiende por formalismo jurídico? Mi sospecha, que no es de ahora[2], es que esta expresión significa cosas muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras, sobre todo, inevitables, con esta consecuencia: que una polémica general

1. F. Carneluti, «Bilancio del positivismo giuridico»: *Rivista trimestrale di diritto pubblico* I (1951), pp. 281-300, publicado últimamente en *Discorsi in torno al diritto*, CEDAM, Padua, 1953, vol. 1, pp. 241-261, y E. Allorio, «La vita del diritto in Italia»: *Ius* (n.s.), I (1950), pp. 42-73, publicado últimamente en *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milán, 1957, pp. 3-46.

2. «Formalismo giuridico e formalismo etico» (1954), en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1955, pp. 145-162. Con respecto al problema del formalismo jurídico véase también los dos amplios artículos sobre «Formalismo giuridico» en la *Enciclopedia Italiana* (Appendice III, vol. I), de R. Orestano, y en el *Nuovissimo Digesto Italiano*, de G. Tarello. En este último hay una amplísima bibliografía. Tarello distingue varios significados de «formalismo jurídico» según que la expresión indique un determinado tipo de ordenamiento jurídico, una determinada actitud del jurista frente al derecho, una determinada concepción del derecho (el derecho como forma), una determinada concepción de la ciencia jurídica (como ciencia formal) o un determinado modo de interpretar el derecho. De estos significados el tercero, el cuarto y el quinto corresponden más o menos al segundo, tercero y cuarto presentados en este capítulo. Sin embargo, existe una cierta correspondencia entre el segundo significado propuesto por Tarello y el primero considerado por mí (aquel que llamo formalismo ético). Falta, por el contrario, en mi exposición una consideración del formalismo como carácter de determinados ordenamientos jurídicos.

y genérica en contra del formalismo termina por ser una fuente de confusión que produce equívocos, incomprensiones, discusiones inútiles, exclusiones injustificadas, etc. En este capítulo examino cuatro significados de «formalismo jurídico», y no pretendo que sean los únicos.

2. *La concepción formal de la justicia*

En una primera acepción, se entiende por «formalismo jurídico» cierta teoría de la justicia, en particular, la teoría según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. Más exactamente, se debería llamar «formalismo ético», porque tiene en común con todas las teorías formalistas de la ética la afirmación de que el juicio ético consiste en un juicio de conformidad de un acto con la norma, de donde bueno es el acto realizado para cumplir con la ley, y malo aquel que se realiza para transgredirla. El término más común para designar esta teoría es «legalismo». Podemos decir que en esta primera acepción el formalismo jurídico coincide con la concepción legalista de la justicia. Es indudable que parte de las acusaciones contra el formalismo jurídico están dirigidas contra la concepción legalista de la justicia, en defensa de una concepción que sepa distinguir el juicio de legalidad del juicio sobre la justicia o injusticia de las acciones y tenga conciencia del hecho de que los dos juicios divergen, y que no siempre la acción legal es justa, ni la justa legal.

Esta concepción de la justicia se llama «formal» porque define la acción justa como cumplimiento del deber, el hombre justo como aquel que cumple el deber propio, prescindiendo completamente de toda consideración en torno a la naturaleza o al fin del deber. Análogamente se habla de «verdad formal» respecto de una proposición cuando nos limitamos a verificar la correspondencia con las reglas del discurso del que forma parte, prescindiendo de cualquier verificación del acontecimiento por ella significado. Aquí el término «forma» está tomado en una de sus acepciones más tradicionales, más clásicas, como modelo «ideal», midiéndose bajo este criterio actos o acontecimientos. Un sistema normativo es aquí considerado como un modelo o, mejor, como un conjunto de modelos para las acciones humanas. La justicia de las acciones consiste en su adecuación a los modelos establecidos.

Pese a que la polémica antiformalista se ensaña contra esta especie de formalismo, no es muy común entre los juristas. Ellos sostienen con convicción el principio de legalidad, mas el dogma de la legalidad al que son fieles es diferente de la concepción legalista de la justicia (es decir, del legalismo). La legalidad es un criterio para distinguir los actos jurídicos de los actos no jurídicos; no sirve para formular un juicio acerca

de su justicia o injusticia. Se acepta sin resistencias que un defensor de la legalidad afirme que las leyes positivas deben ser obedecidas y aplicadas porque son leyes, no porque sean justas y, por consiguiente, que deben ser obedecidas *aun si son injustas*. El «desconsolado homenaje a las leyes solo porque son tales» del que habló Calamandrei en los años oscuros[3] —y que le fuera luego reprochado varias veces por los neoiusnaturalistas— no sería «desconsolado» si la legalidad coincidiese en un todo con la justicia. La concepción legalista de la justicia, formulable en su pureza de la siguiente manera: «la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley» (reducción de la justicia a la validez), es, en realidad, bastante rara: es muy a menudo un paradigma para los clasificadores de teorías y un blanco para los amantes de la polémica. Históricamente conozco dos modelos principales, uno inspirado en una concepción convencional de la ética, el otro, en una concepción naturalista. Según el modelo convencional, no existe justicia o injusticia si antes no existe alguna convención porque, por naturaleza, todo es lícito, pero, establecida una convención, la justicia consiste en respetarla, la injusticia, en infringirla. Es la posición de Hobbes: «Solo se puede cometer delito con respecto a aquel con quien se ha convenido algún pacto»[4]. Según el modelo naturalista, es justo aquello que cada uno por naturaleza puede hacer, y por lo tanto no hay otro criterio para distinguir lo justo de lo injusto que la regla impuesta por aquel o por aquellos que tienen el poder de hacerla respetar. Es la posición de Spinoza: «Uniuscuiusque individui naturale ius eo usque se extendit, quo eius potentia» [El derecho natural de cada individuo se extiende hasta donde llega su poder][5].

Pero, si es rara la teoría integral de la justicia formal, hay que tener en cuenta que no es menos rara la doctrina opuesta, atribuida a los iusnaturalistas, si la enunciamos en su forma extrema en esta expresión: «La ley (positiva) es válida solo si es justa» (reducción de la validez a la justicia). En realidad sabemos perfectamente que la teoría iusnaturalista clásica ha ido acompañada, generalmente, por la teoría de la obediencia, esto es, por la teoría según la cual la ley debe ser obedecida, aun cuando en muchos casos fuera injusta; pero el afirmar que una ley deba ser obedecida significa afirmar, precisamente, que es válida. De esta manera, la teoría de la obediencia corrige la teoría iusnaturalista pura hasta transformarla en la fórmula siguiente: «La ley es válida aun cuando sea injusta». Pero esta fórmula termina por encontrarse con aquella aceptada por la mayor parte de los juristas positivistas, aunque estos a menudo lleguen a ella a través de un proceso inverso, es decir, a través de la corrección de la concepción legalista de la justicia; se concluye: el principio que es caro al jurista es que la ley debe ser obedecida. Una vez que se ha puesto en claro que esto afecta a la validez y no a la justicia, está dado el paso para llegar a la expresión de que «la ley aunque sea injusta puede ser válida», la cual es una formulación diversa, con igual significado que la precedente. Ambas están fundadas sobre el principio no ya de la reducción de la validez a la justicia o viceversa, sino de la distinción entre validez y justicia, de acuerdo con la siguiente fórmula: «Una norma puede ser justa sin ser válida y válida sin ser justa».

3. «La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina» (1942), en *Studi sul processo civile*, cit., vol. V, p. 99.

4. *De Cive*, III, 4.

5. *Tractatus politicus*, II, 4 [*Tratado político*, trad. de A. Domínguez, Alianza, Madrid, 1986, p. 85].

Algo que no es tan raro es la teoría legalista de la justicia referida no ya al derecho positivo, sino al derecho natural; se advierte allí que también en la historia del derecho natural la definición más frecuente de la justicia es precisamente la formal. Frente a quien no se contenta con la respuesta del positivista legalista: «Esta acción es justa porque corresponde a la ley positiva», y pregunta: «Pero ¿la ley positiva es justa?», el iusnaturalista tiene la vía abierta para dos respuestas: «La ley positiva es justa porque ordena cosas justas» o bien «La ley positiva es justa porque es conforme a las leyes naturales». Esta segunda respuesta es la expresión del legalismo iusnaturalista. Cualquiera que afirme que la justicia consiste en la correspondencia con las leyes divinas o naturales da una definición legalista de la justicia que no es distinta de la de aquel que afirma que la justicia es la correspondencia con las leyes positivas. Obsérvese aquí que en este significado más amplio la concepción legalista de la justicia es frecuentísima. Cuando Carnelutti, por ejemplo, dice que «la justicia es la conformidad con el orden del universo»[6] da una definición puramente formal de la justicia. Esto permite comprender que la concepción formal de la justicia no ha de ser repudiada y mucho menos ridiculizada, sino más bien tenida en cuenta en todas las discusiones acerca de lo justo y de lo injusto, porque todo ordenamiento jurídico, sea positivo o natural, divino o humano parece no poder prescindir de aquella.

En realidad, esto satisface dos de los valores fundamentales que contribuyen a formar, separada o conjuntamente, la noción más común de justicia: el *orden* y la *igualdad*. Es obvio que la noción de la justicia como conformidad con una regla satisface el valor orden y creo que nadie pretenderá discutirlo. El orden no exige que las reglas sean de esta o de aquella naturaleza, sino que sean aplicadas (de cualquier forma como se obtenga la aplicación, aunque sea por la fuerza). Una de las formulaciones más comunes y menos discutidas o discutibles de la justicia como orden

6. *Teoria generale del diritto*, § 7 [*Teoría general del derecho*, Revista Derecho Privado, Madrid, 1941; Comares, Granada, 2003].

es: *pacta sunt servanda*; se trata de una regla que establece no ya aquello que se debe hacer —y en este sentido no considera el contenido de las acciones—, sino que afirma que se debe hacer todo aquello que ha sido convenido, cualquiera que sea el objeto de la convención. El que las leyes deban ser obedecidas —norma que expresa o tácitamente está en el fundamento de todo ordenamiento estatal— es lo análogo de la regla *pacta sunt servanda* en los ordenamientos de tipo jerárquico. Pero la noción de la justicia formal satisface también el valor de la igualdad: del hecho de que los sujetos a los que se dirigen las reglas se conformen a ellas se deduce la consecuencia muy importante de que todos estos sujetos son tratados de igual manera. Que esta igualdad sea relativa y dependa del criterio que ha inspirado la regla, de la cantidad de ventajas o de desventajas por distribuir y de la cantidad de personas a las que la regla se refiere, es decir, que no sea una igualdad absoluta, no impide que la obediencia a la regla en cuanto tal, por el solo hecho de ser una regla y no ya por su contenido, tenga como consecuencia la igualdad de tratamiento. Como ha explicado Perelman, «la igualdad de tratamiento no es más que una consecuencia lógica del hecho de que se obedece la regla»[7]. Aquel que viola la regla (o el pacto) pretende para sí un tratamiento distinto del que la regla ha establecido para los otros, infringe el principio de la igualdad por el solo hecho de que no respeta la regla (o el pacto). La violación de la regla es la violación del principio de igualdad, por cuanto la igualdad de tratamiento no es consecuencia del hecho de que la regla establezca esto o aquello, sino de que la regla exista y sea obedecida.

3. *El derecho como forma y la teoría formal del derecho*

Con la expresión «formalismo jurídico» se indica, en segundo lugar, una teoría particular del derecho, no ya una teoría de la justicia, es decir, del criterio según el cual las acciones o las leyes son juzgadas como justas o injustas, sino una teoría de lo «jurídico», o sea, de aquella esfera de la actividad práctica del hombre que suele ser diferenciada de la moral, de la costumbre, de la economía, etc. Mientras que una teoría de la justicia aspira en última instancia a una definición de aquello que el derecho debería ser, una teoría del derecho aspira en última instancia a una definición del derecho tal como es, a fin de distinguir el derecho de la moral y de la costumbre, o bien de la moral y de la economía, etc. Se llaman «formalistas» aquellas teorías que presentan el derecho como una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable). Mientras que todas las teorías, por el mismo hecho de tratar de dar una noción lo más amplia posible del derecho, tienden a poner de relieve sus aspectos constantes y, desde este punto de vista, todas ellas son formales, hay, sin embargo, algunas en particular que definen el derecho como forma o hacen de este mismo un aspecto o un momento formal de una realidad más amplia (sea esta la realidad social o, en términos más generales, la esfera de la práctica) que lo comprende. Aquí, claro está, no nos referimos a las teorías formales del derecho, sino a las teorías del *derecho como forma*[8], porque todas las teorías que obtienen un cierto grado de sistematicidad son formales.

7. Ch. Perelman, *De la justice*, Bruselas, 1945, p. 55 (trad. it., Giappichelli, Turín, 1959, p. 71 [*De la justicia*, UNAM, México, 1964]).

La doctrina del derecho de Kant es un ejemplar interesante de las teorías del derecho como forma. No me parece, sin embargo, que haya obtenido mucha aceptación entre los juristas. Kant fija tres notas del concepto del derecho extraídas del tipo de relación intersubjetiva que este abarca o instituye. La relación jurídica está caracterizada, según Kant, por el hecho de ser: *a*) externa; *b*) recíproca; *c*) formal. Formula esta tercera característica de la siguiente manera:

> En esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la *materia* del arbitrio, es decir, el fin que cada cual se propone con el objeto que quiere; por ejemplo, no se pregunta si alguien puede beneficiarse también o no de la mercancía que me compra para su propio negocio; sino que solo se pregunta por la *forma* en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como *libre*, y si con ello, la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro, según una ley universal[9].

Esta frase de Kant puede ser interpretada de diferentes maneras; pero la más importante, me parece, es esta: que la tarea del derecho no consiste en establecer *qué es lo que* los individuos deben hacer en sus relaciones recíprocas, sino *cómo* deben hacerlo, a fin de no entrar en conflicto recíproco. El derecho no dice, siguiendo el ejemplo, qué cosa debo comprar, esto es, si debo comprar un caballo o un automóvil, pero dice cómo debo comprarlo, es decir, de qué forma debo actuar para que la cosa adquirida se vuelva «mía» (y por «mío» y «tuyo» entiende Kant aquella parte del mundo externo «cuyo uso discrecional no puede impedírseme sin lesionarme»)[10].

Esta definición del derecho es evidentemente unilateral; basta mirar un ordenamiento jurídico cualquiera para darse cuenta de que junto con

8. Sobre este aspecto del problema del formalismo G. Lazzaro, «Il diritto come forma»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XXXIX (1962), pp. 636-655. El autor ilustra principalmente la diferencia entre forma formante y forma formada.

9. *Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre*, § B [*La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 39].

10. *Ibid.*, I, § 5 [trad. cit., p. 60].

las normas que establecen cómo deben realizarse algunos comportamientos —y son definibles como normas técnicas, según la fórmula: «Si quieres A, debes hacer B»« hay normas que consideran directamente el mérito del comportamiento; para dar un ejemplo, que ha sido recientemente objeto de estudio, citemos el caso de todas las normas —en creciente desarrollo en los ordenamientos modernos— que contienen directivas económicas[11]. Pero además, es evidente que la razón de esta definición formal no es teórica sino ideológica, deriva de la concepción del fin del derecho como límite de la libertad individual, concepción que nace de una ideología de tipo individualista y desemboca en la teoría liberal y negativa del Estado. No obstante, la posición de Kant es interesante para los fines de nuestro trabajo, porque llama la atención sobre la pluralidad de acepciones de «formalismo jurídico» y sobre la irreductibilidad de ellas. Kant es formalista en la definición del derecho, pero no lo es en la definición de la justicia, de acuerdo con el sentido expuesto en el párrafo precedente.

La teoría del derecho como forma, predominante hoy entre los juristas, es diferente de la que resulta de la definición de Kant, aun cuando en otros pasajes de su misma obra (y no solo en la de él, desde luego) se pueda encontrar una anticipación de aquella, por ejemplo, allí donde Kant, partiendo de la consideración de la *coacción* como elemento constitutivo del derecho, explica que el paso del estado de naturaleza al estado civil, o de la sociedad natural en donde rige el derecho natural o privado, a la sociedad política, en donde rige el derecho positivo o público, se produce mediante la institución del poder coactivo que tiene por objeto volver perentorias las relaciones intersubjetivas, que en el estado de naturaleza son solo provisorias. Se podría sintetizar el pensamiento de Kant sobre este punto, diciendo que el derecho positivo es igual a las relaciones naturales intersubjetivas más la coacción. Léase este pasaje: «Este [el derecho público] no contiene más deberes de los hombres entre sí, u otros deberes distintos entre los hombres, que los que cabe pensar en el derecho privado; la materia del derecho privado es ciertamente la misma en ambos. Las leyes del último [el derecho público] conciernen, pues, sólo a la forma jurídica de la convivencia (la constitución)»[12]. No es que no vea la analogía entre este modo de entender el derecho y la doctrina jurídica contemporánea a la que más conviene el título de teoría del derecho como forma; me refiero a la teoría pura del derecho de Kelsen (quien, por otra parte, se confiesa repetidas veces, como es sabido, kantiano). También Kelsen parte de la coacción como elemento constitutivo del derecho y de la definición del ordenamiento jurídico como ordenamiento coercitivo. Lo que caracteriza al derecho no es esta o aquella materia de la reglamentación (todos los comportamientos humanos, salvo los necesarios o imposibles, pueden ser regulados jurídicamente), sino la *forma* de la reglamentación, especialmente en Kelsen, la reglamentación mediante el ejercicio del poder coactivo. Aquí se puede hablar de una definición formal del derecho, en la medida en que se contrapone a todas las definiciones del derecho que contienen una referencia al contenido, como por ejemplo: «Normas jurídicas son aquellas que regulan las relaciones intersubjetivas entre los hombres»; o una referencia al fin, como: «Normas jurídicas son aquellas que tienen como finalidad la conservación de la sociedad»; o una referencia a los valores, como: «Normas jurídicas son aquellas que se inspiran en el valor justicia», etcétera.

11. E. di Robilant, *Direttiva economica e norma giuridica*, Giappichelli, Turín, 1955.
12. *Metaphysik der Sitten*, I, § 41 [trad. cit., p. 137].

Además de aquellas teorías que tratan de encontrar el elemento característico del derecho en su presentación como forma de fenómenos económicos y sociales en general, se puede hablar con toda propiedad de formalismo jurídico, con mayor razón aún, debido a su amplia difusión, para aludir a la doctrina corriente entre los intérpretes del derecho positivo estatal o internacional, conocida con el nombre de «normativismo». En su definición más corriente, el normativismo es aquella doctrina según la cual un hecho (en el sentido más amplio) es jurídico cuando es considerado en función de una norma jurídica que le atribuye determinadas consecuencias. Es característico de la teoría normativa remitir el criterio distintivo del derecho del hecho a la norma; con otras palabras, de su contenido —según el cual, un hecho puede ser económico, social o moral— a su forma, según la cual no puede ser más que ordenado, o bien prohibido, o bien permitido. Aquí, «forma» es entendida en el sentido más común de «recipiente», es decir, de un continente que no cambia con el cambio del contenido: actos humanos y hechos naturales, relaciones e instituciones se vuelven jurídicos desde el momento en que entran dentro del esquema normativo proporcionado por un determinado ordenamiento. La teoría del derecho como forma, en el sentido especificado en primer lugar, y el normativismo no coinciden necesariamente, aun cuando sean a menudo confundidos y se encuentren la una al lado del otro en los mismos tratados. La primera es una teoría general del derecho que responde a la pregunta: «¿Cuál es la naturaleza del derecho?». El segundo es un modo de considerar los fenómenos jurídicos, un punto de vista sobre la actividad jurídica, en general y sobre todo el mundo de la experiencia jurídica, considerada como una experiencia *sub specie legis*, que responde a la pregunta: «¿Cómo se distinguen los hechos jurídicamente relevantes de los irrelevantes?». La diferencia resulta también de la diferenciación de las doctrinas a las cuales ambos se oponen: la definición del derecho como complejo de normas cuya eficacia es reforzada mediante el poder coactivo se contrapone a

cualquier teoría que trate de definir el derecho mediante la referencia a la noción del bien común; la teoría normativa del derecho se contrapone a las teorías teleológicas y realistas. Lo que aquí es necesario decir es que mientras que a la primera especie de formalismo se oponen algunos juristas, la segunda es uno de los presupuestos de su trabajo de intérpretes, una de las herramientas de trabajo a la que parece no podemos renunciar. Esto prueba, si aún fuese menester, la necesidad de distinguir entre las diversas especies de formalismo y de rechazar toda polémica que no tenga en cuenta estas distinciones.

4. *La ciencia del derecho como ciencia formal*

El normativismo permite considerar un tercer significado o, mejor dicho, un grupo de significados vinculados con la expresión «formalismo jurídico». «Normativismo» designa no solo un cierto modo de concebir la experiencia jurídica, como experiencia *sub specie legis*, sino también un cierto modo de hacer ciencia del derecho. Por otra parte, los dos significados están estrechamente vinculados. En general, se puede decir que cuando se habla de «formalismo jurídico» puede uno referirse a la concepción formal de la justicia, a la concepción del derecho como forma y, además, a la concepción de la ciencia jurídica como *ciencia formal*. Junto al formalismo ético y al formalismo jurídico (en sentido estricto), hace su aparición entre los juristas también el formalismo científico.

No se habla de ciencia jurídica como ciencia formal en el sentido más estricto y riguroso de la palabra, según el cual se distinguen las ciencias formales (como la lógica) de las ciencias empíricas (como la biología); se habla en un sentido más amplio (como forma del saber que no tiene por objeto hechos del mundo físico o humano, sino calificaciones normativas de hechos y cuya tarea no es la explicación, propia de las ciencias naturales, sino la *construcción* y, en última instancia, el sistema. La noción de «construcción» fue elaborada por primera vez, como es sabido, por Ihering. «Construcción» es el término más comúnmente usado por los juristas para indicar la operación característica de la ciencia del derecho (diferente, precisamente, de la mera interpretación de las leyes), que consiste en definir un hecho, un acto, una relación, una institución, con el fin de insertarlo en el sistema de los conceptos jurídicos. A través de aquel complejo de operaciones que se designan con el nombre de construcción, el jurista subsume un hecho dado o un acto o una relación o una institución en esta o en aquella categoría jurídica, con el fin de atribuirle tal o cual calificación normativa y ordenarlo dentro del sistema. De la construcción depende la atribución de determinadas consecuencias jurídicas a un hecho, a un acto, a una relación o a una institución; a

la construcción se le confía la formación del sistema jurídico. En esta acepción el término «construcción» está estrechamente vinculado con la noción de «dogmática»; la dogmática es, en sentido dinámico, el efecto de la construcción de los juristas, en sentido estático, un conjunto de modelos proporcionados por la obra de construcción. No es poco frecuente que un jurista exprese la exigencia de «construir desde el punto de vista dogmático» una institución[13], operación comúnmente llamada «construcción dogmática», aun cuando el adjetivo parece pleonástico por la carga significativa del sustantivo. La designación de una investigación así orientada como «formal» o, en sentido peyorativo, «formalista» se explica si se tiene en cuenta que el fin de la investigación no es ni la explicación causal ni la justificación teleológica de un instituto, sino la determinación de su estructura normativa. Desde el punto de vista de la técnica científica del jurista suele ser considerada incorrecta toda definición jurídica que explique cómo nace y para qué sirve una institución, si no determina también cuál es su *status* normativo. Véase, por ejemplo, cómo, inspirándose en esta pureza metodológica, en esta especie de rigorismo antiteleológico, Allorio ha eliminado recientemente entre los conceptos jurídicamente relevantes al de sanción, porque este no tendría ninguna autonomía desde el punto de vista estructural, ya que puede ser reducido «a la normal estructura de la norma entendida como juicio sobre comportamientos humanos»[14]. A Benvenuti, que define la sanción como «garantía de la juridicidad del precepto», le responde rechazando la fórmula porque de ella cuando más «habremos aprendido para qué sirve la sanción pero no lo que es *estructuralmente*»[15]. El parentesco entre este formalismo de la ciencia jurídica y el normativismo es evidente, pues, en la base de la concepción formal de la ciencia jurídica está la concepción del derecho, propia de la teoría normativa, según la cual el derecho es un conjunto de calificaciones normativas de los comportamientos, con lo que la tarea de una investigación científica del derecho se resuelve en una reducción de los comportamientos a las estructuras y en una continua constitución y reconstitución de las estructuras mismas.

Esto no impide que se pueda hablar de investigaciones formales en el campo del derecho independientemente de la aceptación del punto de vista normativo. Me parece importante hacer notar este punto porque si no se hacen las debidas distinciones se termina por incluir en la crítica al normativismo —que se va haciendo cada vez más difundida e insistente

13. R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Giuffrè, Milán, 1956, p. 14.
14. E. Allorio, «La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale», *Rivista di diritto civile* I (1955), p. 262.
15. E. Allorio, «Osservazioni critiche sulla sanzione», *Rivista di diritto civile* II (1956), p. 5. La cursiva es mía.

en estos últimos años— a algunas investigaciones inocentes que pueden llamarse formales sin estar necesariamente comprometidas con la teoría normativa. Yo mismo he llamado repetidamente «formal» a la teoría general del derecho, en cuanto se ocupa de problemas relativos a las reglas jurídicas, prescindiendo de lo regulado, y comprende el estudio de problemas vinculados con la estructura normativa del derecho como ordenamiento jurídico; mas no he pensado con esto considerar al normativismo como la única teoría posible del derecho[16]. Cammarata es un autor que ha hecho del término «formalismo» un término central de su construcción teórica[17]: pero él entiende por formalismo, por oposición a dogmática, el estudio de las figuras de calificación jurídica que resultan de la consideración del derecho como criterio exclusivo de la regularidad de los comportamientos, es decir, un estudio que prescinde de toda investigación de carácter psicológico sobre los motivos de la acción. No vamos a juzgar si los términos «teoría formal del derecho» y «formalismo» son convenientes o si es posible encontrar términos más adecuados; lo que aquí interesa es que ni la teoría formal del derecho, ni el formalismo, en el sentido de Cammarata, son propuestos como la única forma posible del conocimiento jurídico. Ponen de relieve, eso es todo, la importancia y la autonomía de los problemas de la estructura y los distinguen de los problemas sociológicos, históricos, psicológicos, etc. Y objetar a las investigaciones estructurales ser formales es como objetar a un caballo ser equino.

Finalmente, deben distinguirse estas investigaciones estructurales de las investigaciones de *lógica jurídica,* que también son llamadas con pleno derecho, aunque con otra acepción, formales. Si no se quiere crear confusión idiomática convendrá hablar de lógica jurídica en sentido estricto, es decir, de investigaciones sobre la estructura de las proposiciones normativas y sobre el razonamiento jurídico; en tanto tal, la lógica jurídica —que con el mismo criterio que la lógica, de la cual es parte, puede ser llamada con acierto, ciencia formal— no cae en ninguno de los significados de formalismo explicados hasta ahora. Se puede hablar en realidad de una lógica jurídica en sentido estricto, es decir, de lógica aplicada al derecho, de dos modos diferentes: como lógica de las proposiciones normativas y como investigación del razonamiento de los juristas[18]. Son dos campos de investigación; el primero es en gran parte nuevo y se encuentra en etapa de exploración; el segundo se halla en etapa

16. *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pp. 4, 34.

17. Véase, como conclusión de una serie de estudios sobre los problemas más discutidos de la teoría general del derecho, «Limiti fra formalismo e dommatica» (1936), publicado en la recopilación de las principales obras del autor titulada *Formalismo e sapere giuridico. Studi,* Cappelli, s.l., 1962.

18. Para mayor información sobre este punto remito a mi trabajo «Diritto e logica»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XXXIX (1962), pp. 11-44.

de revisión y de renovación a través del interés por la retórica, diferente de la lógica. Las distinciones, por ejemplo, entre imperativos positivos y negativos o entre imperativos categóricos e hipotéticos, son distinciones lógicas, cuya elaboración es obra de la lógica jurídica en sentido estricto. Nótese la diferencia entre estos tipos de distinción y las distinciones, por ejemplo, entre normas del derecho sustantivo y normas del derecho procesal, entre normas del derecho estatal y normas del derecho internacional. El ejemplo muestra claramente que la lógica jurídica es una rama del estudio del derecho, sobre cuya utilidad y fecundidad se puede discutir todo lo que se quiera, pero que no hay que confundir con una concepción formalística del derecho cualquiera que esta sea. Es de lamentar que la frecuente confusión entre formalismo jurídico y lógica jurídica esté conduciendo a muchos estudiosos del derecho a una actitud de desconfianza con respecto a la lógica jurídica, justamente en el momento en que ella suscita el interés de los lógicos y cuando debería auspiciarse la colaboración entre lógicos y juristas[19]. Quede bien claro que el estudio de la lógica jurídica, en el doble sentido de lógica de las proposiciones normativas y de lógica de la jurisprudencia, no implica en absoluto una concepción general del derecho como forma exenta de contenido o como sistema racional hipotético deductivo, y no insinúa tampoco la pretensión, temida por los juristas, de que se quiera llegar a una formalización rigurosa del razonamiento jurídico.

5. *La interpretación formal del derecho*

Un cuarto significado de «formalismo jurídico» —tal vez el más frecuente en el uso polémico, y por consiguiente el más conocido— se refiere a la teoría de la interpretación jurídica. Las características de una teoría formalista en este campo son rasgos ora del método adoptado para interpretar y aplicar las leyes, ora de la función atribuida al intérprete, ora conjuntamente de ambos. Con respecto al método, es considerada formalista, por ejemplo, la preferencia dada a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica; a esta distinción se refiere ampliamente la conocida controversia entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses. Con respecto a la función, es considerada formalista toda doctrina que atribuye al juez poder meramente declarativo de las leyes vigentes y no el de crear un nuevo derecho. Los ejemplos más significativos son las disputas entre los partidarios del método

19. Un primer encuentro entre lógicos y juristas, provocado por los primeros, se realizó en un coloquio en Lovaina, el 8 y el 9 de septiembre de 1958. Pero la actitud de muchos juristas participantes fue la de aquel que huye de un enemigo que lo persigue. Véase las actas del congreso en *Logique et Analyse* 1 (1958), n.os 3-4.

tradicional y la escuela del derecho libre, al comienzo de este siglo, y la análoga disputa entre los partidarios del método tradicional y la jurisprudencia realista americana, en la época rooseveltiana. No es necesario subrayar el parentesco entre las polémicas acerca del método y aquellas acerca de la función; quien valora las argumentaciones de carácter lógico-sistemático muestra, con ello, que prefiere un juez que se limite a declarar el derecho existente; quien da preferencia a la investigación de los fines sociales y de los intereses prefiere un juez creador.

En verdad, ya nadie cree que las operaciones realizadas por el juez para interpretar el derecho son exclusivamente operaciones lógicas en el sentido estricto de la palabra, es decir, operaciones de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas; con otras palabras, que la actividad del juez es meramente mecánica o automática. Los juristas y los filósofos del derecho prestan cada vez mayor atención a la presencia manifiesta u oculta, consciente o inconsciente de los juicios de valor. Valga para todos la palinodia de Calamandrei sobre la famosa teoría de la sentencia como silogismo[20]. Esto no impide que exista diferencia entre una interpretación fundada sobre el examen de los llamados conceptos jurídicos y una interpretación fundada sobre la valoración de los intereses, y que la elección de la una o de la otra —como lo ha mostrado recientemente Bagolini[21]— no influya en la diversidad de las decisiones. Solo que no se trata de la diferencia entre una decisión entendida como la consecuencia de una operación lógica y una decisión entendida como consecuencia de una valoración, sino más bien entre la decisión que tiene preferentemente en cuenta las cuestiones lógico-lingüísticas, a las que podríamos llamar «formales», y la decisión más atenta a las cuestiones de hecho (intereses en juego o los fines sociales que se persiguen), o sea sustanciales. Como la elección de una u otra actitud puede influir el contenido de la decisión, es probable que la elección misma del método esté condicionada por la apreciación favorable o desfavorable de las consecuencias de la decisión. El juez adoptará este o aquel método según pretenda obtener este o aquel resultado. Esto hace decir a menudo a los jueces que de hecho la decisión se produce antes que los argumentos que la justifican. Sobre la diferencia entre jurisprudencia formalista y jurisprudencia de intereses puede decirse, en resumidas cuentas, que ambas son legítimas según el fin que se quiera obtener; en general, la primera es ideológicamente más conservadora, la segunda más progresista. El ostracismo impuesto por la jurisprudencia de intereses a la jurisprudencia conceptual esconde, en forma

20. *Processo e democrazia*, CEDAM, Padua, 1954, p. 30.
21. L. Bagolini, «Le choix de la méthode en jurisprudence»: *Logique et Analyse* 1 (1958), p. 2.

de argumentos de método, valoraciones diferentes de la tarea de la jurisprudencia frente al desarrollo de la sociedad.

Pero con esto la controversia antiformalista pierde mucho de su interés; prescindiendo del fin que se quiera alcanzar es imposible decir cuál es el método mejor y si un método es bueno o malo. Cuando se ha reconocido el valor decisivo del fin, la disputa ya no es más metodológica sino ideológica. Se trata de saber cuál de las dos ideologías es preferible. Pero ¿por quién?, ¿en qué circunstancias? Decir, como nosotros mismos lo hemos dicho, que la interpretación conceptual es más conservadora y la que se orienta hacia los estudios sociales y los intereses es más progresista no equivale a formular un juicio de valor. «Conservador» y «progresista» son utilizados en este contexto en su uso descriptivo, el uno indica la función de mantener un statu quo, el otro, de transformarlo. El que esta operación sea de aprobación o de desaprobación depende únicamente de la valoración que demos al statu quo: si lo juzgamos digno de ser conservado, la operación de mantenerlo es buena; si consideramos que debe reformarse, es buena esta última operación. No nos sorprenda que quien había defendido la interpretación más formalista durante el fascismo se haya transformado a la caída del régimen y durante el período de renovación de las instituciones democráticas, en partidario de una interpretación evolutiva y hasta equitativa. Allí el formalismo era una defensa contra lo nuevo que no se quería aceptar, aquí la equidad es un ataque contra lo viejo que se quiere hacer desaparecer. Nos emociona el juez Holmes, que interroga, como se dice, las necesidades sociales y destroza el rigorismo de sus colegas en cuestiones famosas como la de la libertad contractual. Creemos de esta manera expresar un juicio de elección entre dos métodos de interpretación y declarar nuestra preferencia por el método evolutivo; en realidad expresamos un juicio de elección entre dos ideologías, el liberalismo clásico o puro y el liberalismo social y juzgamos la bondad de los métodos por los resultados que se obtienen. Nunca nos alegramos cuando la interpretación evolutiva o creadora era invocada por los juristas nazis; la conciencia social, el espíritu del pueblo que se invocaba, era en realidad la conciencia racial, el espíritu de un partido de fanáticos. Creíamos exaltar la legalidad frente al derecho libre: en realidad condenábamos un régimen y su ideología. Y no pensábamos en ser confundidos con los adversarios de Holmes solo porque aquellos también eran formalistas y refutaban la apelación a la conciencia social. En general, formalista quiere decir simplemente que se está en contra de los cambios: si el cambio es en el sentido del progreso, el formalista es conservador. Si es en el sentido de la reacción o de la restauración, el formalista es progresista. Así pues, la apelación a la conciencia social significa solo que no se está satisfecho con el derecho vigente y se quiere transformarlo; pero

frente a una legislación inspirada en los principios del liberalismo económico, los intervencionistas invocarán la voz insuprimible de la conciencia social de la misma manera que frente a una legislación inspirada en la intervención del Estado, los liberales invocarán la voz, también insuprimible, del derecho natural. Una vez más, formalismo y antiformalismo —si queremos utilizar estas expresiones— no tienen un valor o un disvalor en sí mismos, sino que su valor o disvalor dependen de la ideología a la cual sirven y que nosotros aceptamos (o rechazamos).

6. *Conclusiones*

He examinado las diversas acepciones que la expresión «formalismo jurídico» asume con referencia a cuatro problemas: el de la justicia, el del derecho, el de la ciencia del derecho y el de la interpretación jurídica; y he verificado cómo de la acentuación del elemento formal nacen cuatro teorías diferentes: la concepción legalista de la justicia (o legalismo), la teoría normativa del derecho (o normativismo), la concepción de la ciencia jurídica como dogmática y la llamada jurisprudencia de conceptos (o conceptualismo jurídico). Aquí, a modo de conclusión, me interesa observar aún dos cosas: por una parte, que las cuatro teorías no se implican recíprocamente de una manera necesaria y por lo tanto no pueden ser confundidas, o peor aún identificadas; por otra parte, que las cuatro expresan una exigencia común que no puede ser fácilmente eliminada de la experiencia jurídica y por consiguiente proponen un problema o una serie de problemas que no pueden ser descuidados ni mucho menos suprimidos.

Para ilustrar el primer punto me valgo de dos argumentos. El primero me lo brinda la verificación de que a menudo un autor sigue una de las cuatro teorías y no las otras, y que difícilmente las cuatro son sostenidas al mismo tiempo. Quizás solo existe un nexo estrecho entre la segunda y la tercera, pero no entre la primera y la segunda, ni entre la segunda (y la tercera) y la cuarta. Nuestros juristas son generalmente fieles a una teoría formal del derecho que da una definición de este en términos de imperatividad, estatismo, coactividad, independiente de toda consideración de la materia de la reglamentación, pero no por esto aceptan la teoría formal de la justicia[22]. Y viceversa, en Perelman encuentro una definición formal de la justicia pero, al mismo tiempo, un rechazo de las concepciones formalistas de la ciencia jurídica y de la interpretación judicial[23]. En Kelsen, la teoría del derecho como forma no mantiene el mismo paso que la concepción legalista de la justicia y soporta a su lado, sin contradicción, una crítica de la jurisprudencia conceptual en favor de las tesis que en este campo han sido sostenidas usualmente por la jurisprudencia sociológica. Y volviendo a los orígenes, en el Ihering de la segunda época, a quien se remonta la paternidad de la jurisprudencia de intereses, está declarada explícitamente una concepción formal del derecho[24]. El segundo argumento puede ser extraído de la diversidad ideológica y teórica de las doctrinas que se contraponen una y otra vez a los cuatro formalismos. La polémica en contra de la concepción formal de la justicia es emprendida en particular por los partidarios del derecho natural y es un episodio, tal vez el más importante, de la reciente renovación del derecho natural, entendido como una ética material de los valores; la teoría del derecho como forma es atacada conjuntamente por corrientes sociológicas e historicistas (el marxismo también) que no están en realidad aliadas con el resurgimiento del iusnaturalismo; a la consideración de la ciencia del derecho como dogmática se contrapone la consideración de la ciencia del derecho como ciencia empírica, según un modelo naturalista (la importancia, por ejemplo, dada a la naturaleza de las cosas como fuente del derecho) que se une en ciertos aspectos al iusnaturalismo y, en otros, al renovado empirismo; la teoría de la interpretación conceptual se encuentra con que tiene que rendir cuentas ante la creciente conciencia de los presupuestos ideológicos de la decisión y ante todas aquellas teorías que separan más o menos decididamente la esfera de los hechos de la de los valores, y asignan el mundo del derecho y la obra del intérprete en especial no a la primera sino a la segunda esfera, en contraposición con toda tentativa de reducir la jurisprudencia a ciencia fáctica o empírica.

La palabra «forma» es uno de los términos clave de nuestro lenguaje filosófico. Como todas las nociones claves ha sido adoptada con tan innumerables significados o familias de significados, que aquí no cabría, suponiendo que esto fuera posible, intentar un análisis; sería como querer rehacer la historia de la filosofía. Por cierto, al menos en un vasto y relevante grupo de significados indica, en un fragmento cualquiera de la realidad, el elemento constante con respecto a lo variable; es decir, aquello que no participa del cambio, sino que, acogiéndolo, lo fija. Pero en este continuo retorno del concepto de forma en los diversos planos en los que se articula la experiencia jurídica, está, aunque no siempre consciente, la exigencia de afir-

22. Claramente en este sentido, B. Petrocelli, «Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale», en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, CEDAM, Padua, 1950, IV, pp. 348 ss.

23. Ch. Perelman, *Traité de l'argumentation*, PUF, Paris, 1958, vol. I, p. 176 y *passim* [*Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989].

24. Como es sabido Ihering, en *Der Zweck im Recht*, define al derecho como «el complejo de las normas coactivas válidas en un Estado» (cito la segunda edición de 1884, vol. I, p. 320 [*El fin en el derecho*, Comares, Granada, 2011, p. 223]), y elabora su definición, de manera no diferente a la de Kelsen, analizando exclusivamente los conceptos de norma y de coacción.

mar la *función estabilizadora* del derecho. Dentro de la mutación histórica, el derecho representa aquello que detiene el movimiento, que lo canaliza y solidifica; en la variación de las acciones humanas representa la determinación de un orden. La tendencia de los juristas al formalismo surge, pues, de la naturaleza misma y de las funciones del derecho en la sociedad[25]. Considerar justo aquello que es conforme a la ley significa emitir un juicio positivo con prescindencia de cualquier otra consideración moral, sobre un orden estable de la sociedad que reposa en la seguridad más que en la equidad; definir el derecho como un instrumento para la realización de los más diversos fines sociales, caracterizado por la técnica de la coacción o de la eficacia reforzada, significa poner el acento sobre el conjunto de medios indispensables para la conservación duradera de un determinado grupo social; atribuir al intérprete del derecho una tarea de reconstrucción conceptual y sistemática, más que de valoración de los intereses y de los fines sociales, significa una vez más rendir homenaje, en el momento de la aplicación, a los ideales del orden, de la seguridad, de la estabilidad, de la paz social, más que al de la justicia substancial. En cuanto a la consideración de la ciencia jurídica como ciencia formal, la tendencia a la formalización es propia de toda investigación que se presente como ciencia rigurosa[26], independientemente de la naturaleza de su objeto. Junto a los valores substanciales se encuentran los valores formales, tales como el orden, la permanencia y la coherencia. Estos valores presiden la experiencia jurídica y la caracterizan, y prescindir de ellos significa privarse de los principales puntos de apoyo para la comprensión del fenómeno jurídico. El formalismo sigue al derecho como la sombra sigue al cuerpo; intentar eliminarlo sería lo mismo que intentar hacerlo con la sombra a costa del propio cuerpo.

De las dos observaciones hechas en este capítulo, la primera, relativa a los diversos significados de «formalismo jurídico», me induce a concluir que una polémica indiscriminada en contra del formalismo es injusta, porque, queriendo atacar a demasiados adversarios a un mismo tiempo, termina golpeando a quien nada tiene que ver; la segunda, relativa a la íntima vinculación entre experiencia jurídica y valores formales me induce a precisar que la polémica, además de ser injusta es, en sus términos más generales, vana, porque cuando se ha terminado de buscar al adversario se observa que no existe o al menos que es como el diablo: menos feo de lo que se lo pinta.

25. Leo en G. Battaglini, citado por Petrocelli, aunque en un sentido un poco más restringido: «El formalismo, en los límites que racionalmente le competen, es *propio del derecho* (aunque fuera del campo del derecho no puede dejar de ejercerse, cuando se trata de dar órdenes, de actuar conforme a ellas, de juzgar con su criterio el contenido de otras)» (*Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padua, [1]1949, p. 71).

26. Como ha sido observado por Kelsen en «Formalismo giuridico e dottrina pura

5

ASPECTOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO*

1. *El formalismo jurídico y el positivismo jurídico*

La «rebelión contra el formalismo», de la que he hablado en el capítulo anterior, se ha desarrollado en estos últimos años paralelamente con la crítica al positivismo jurídico, tanto que a menudo es difícil distinguir la una de la otra. El formalismo jurídico, en casi todas las acepciones examinadas anteriormente, es a menudo considerado como uno de los motivos de acusación y de condena al positivismo jurídico.

Considérese, por ejemplo, el siguiente hecho. La polémica antipositivista ha tomado en estos últimos años en Italia dos direcciones: 1) Una dirección iusnaturalista en la cual se contrapone al derecho positivo un derecho *superior*, que constituye su criterio de valoración[1]. 2) Una dirección realista según la cual el derecho positivo —considerado en su acepción más restringida como derecho puesto por fuentes formales— es colocado al lado de un derecho *diferente*, como es el que emana directamente del comportamiento de los sujetos (el llamado «derecho espontáneo»)[2]. No hay duda de que ambas polémicas contienen notas antiformalistas: por un lado, la teoría del derecho natural es expuesta

* Traducción de Ernesto Garzón Valdés.

1. Para todo este tema, véase S. Lener, «La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della chiesa», en *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, CEDAM, Padua, 1950, I, pp. 345-388; D. Barbero, «Rivalutazione del diritto naturale»: *Ius* (n.s.), III (1952), pp. 491-508.

2. Se trata de la tesis defendida por R. Ago, «Diritto positivo e diritto internazionale», en *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, Giuffrè, Milán, 1957, I, pp. 3-65. A esta tesis se vincula G. Barile, *La rilevazione e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1958, pp. 79 ss. y L. M. Bentivoglio, *La funzione interpretativa nell'ordinamento internazionale*

del diritto»: *Nuovi studi di diritto, economia e politica* IV (1931), p. 127.

como una teoría material del derecho, en cuanto define el derecho no a través de su producción o aplicación, sino a través de su contenido y de su finalidad[3]; por otra parte, la teoría del derecho espontáneo aparece como una crítica de las teorías formales de las fuentes del derecho, según las cuales solo sería derecho el derecho establecido, bajo determinadas circunstancias y siguiendo procedimientos particulares, por los órganos de producción jurídica disciplinados por las llamadas normas sobre la producción jurídica.

Se puede sostener que las dos nociones de formalismo y positivismo jurídico coinciden respecto de la extensión y que, de hecho, a menudo son usadas como si fueran sinónimas. A lo largo de este capítulo se verá que todas las principales acepciones de formalismo jurídico reaparecen en los principales significados de positivismo jurídico.

Anticipando brevemente los resultados de la investigación podemos señalar desde ahora: 1) que existe una estrecha vinculación entre el formalismo ético y el tercer significado que ilustraré de positivismo jurídico (el positivismo jurídico como ideología); 2) que el formalismo en la definición del derecho (derecho como forma), el formalismo en la concepción de la ciencia jurídica (la ciencia jurídica como ciencia formal) y el formalismo en la interpretación (la interpretación jurídica como operación lógica) pueden ser considerados como caracteres peculiares del positivismo jurídico en su segundo significado, cuando es entendido como una teoría específica del derecho; 3) que en su primer significado el positivismo, cuando es entendido como un modo de acercarse a la comprensión del fenómeno jurídico, esto es, como una forma típica de *approach* al estudio del derecho, entra dentro de una de las acepciones de formalismo jurídico.

La complejidad del problema nace del hecho de que así como existen varios significados de formalismo jurídico, existen también varios significados de positivismo jurídico. Si se quiere evitar la repetición de lamentables confusiones, es necesario introducir algunas distinciones. Siempre que se esgrime alguna crítica en contra de la doctrina del derecho natural, se nos responde que hay varios modos de entender el derecho natural y que nuestra crítica vale para uno de estos modos pero no para el otro (y, se entiende, vale para aquello que nuestro adversario no comparte). Pero lo mismo podría decir un partidario del positivismo jurídico frente a la crítica de un iusnaturalista: hay varias maneras de entender el positivismo jurídico. Hay, con todo, una diferencia. Mientras que los aspectos de la doctrina del derecho natural han sido

3. Para una reseña de las teorías recientes en esta dirección véase A. Verdross, «Die Erneuerung der materiellen Rechtsphilosophie»: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* LXXXVI (1957), pp. 181-213.

le, Giuffrè, Milán, 1958, pp. 79 ss.

examinados y discutidos muchas veces, generalmente no sucede lo mismo con respecto a los diversos aspectos del positivismo jurídico. Existe una historia del iusnaturalismo (se cree a menudo que la historia de la filosofía del derecho coincide con la historia de la doctrina del derecho natural); pero no existe, que yo sepa, una historia amplia, documentada y exhaustiva del positivismo jurídico[4]. Una buena introducción a la discusión ha sido ofrecida por H. L. A. Hart en el artículo «Positivism and the separation of Law and Morals»[5]. Aquí me propongo distinguir e ilustrar claramente los diversos aspectos en que se presenta a menudo aquello que comúnmente se llama «positivismo jurídico», y demostrar cómo la aceptación de uno u otro puede dar lugar a significados diversos e inconfundibles de la misma expresión. Solo teniendo en cuenta estos diversos significados se puede comenzar una discusión no vana sobre lo muerto y lo vivo en el positivismo jurídico actual.

2. *Tres aspectos del positivismo jurídico*

Creo que en una caracterización del positivismo jurídico puede ser útil distinguir tres aspectos diferentes, desde los cuales ha sido presentado históricamente: 1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia.

Por «modo de acercarse al estudio del derecho» entiendo algo diferente de «método»; no se trata, en efecto, de los instrumentos o de las técnicas empleadas en la investigación, con respecto a los cuales el positivismo jurídico no presenta una característica peculiar, sino más bien de la delimitación del objeto de la investigación, lo que revela cierta

4. Para un análisis histórico bastante amplio del positivismo jurídico en los diferentes países véase W. Friedmann, *Legal Theory*, Stevens and Sons, Londres, [2]1949, pp. 125 ss.

5. El artículo fue publicado en la *Harvard Law Review* 71 (1958), pp. 593-630 [*Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962]. Hart distingue cinco significados de positivismo jurídico, según que se afirme: 1) que leyes son mandatos; 2) que la validez y la justicia de una norma no están necesariamente vinculadas entre sí; 3) que el análisis de los conceptos jurídicos no debe confundirse con la sociología jurídica ni con la crítica de las leyes; 4) que un sistema jurídico es un sistema lógico cerrado y que pueden tomarse decisiones jurídicas correctas con medios puramente lógicos; 5) que los juicios morales no pueden ser establecidos y defendidos con argumentos o pruebas racionales. Una continuación de la discusión tuvo lugar luego en un seminario de filosofía del derecho celebrado en septiembre de 1960 en Bellagio, por iniciativa de la Fundación Rockefeller, en el que participaron, entre otros, Hart, el autor del presente ensayo y A. Ross, A. Passerin d'Entrèves, R. Treves y algunos jóvenes estudiosos ingleses, americanos e italianos. Una recensión amplia y viva de estas discusiones se puede leer en el trabajo de dos de los participantes, R. A. Falk y S. I. Shuman, «Un colloquio sul positivismo giuridico»: *Rivista di diritto civile* VII (1961), pp. 542-557.

orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación. Por «teoría» entiendo un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad, sino el modo de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella. Por «ideología» entiendo cierta toma de posición frente a una realidad dada; esta toma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, se expresa en juicios de valor que tienden a ejercer alguna influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración es negativa.

Creo útil distinguir estos tres aspectos de aquello que comúnmente se considera como una única doctrina, porque no me parece que exista una relación necesaria entre ellos al menos en la dirección que va del primer aspecto al segundo y del segundo al tercero (y aquí entiendo «relación necesaria» tanto en el sentido lógico como causal). El positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho no produce necesariamente ni implica aquella teoría particular del derecho que suele ser llamada positivismo jurídico; y aquella teoría particular a la que se atribuye a menudo el nombre de positivismo jurídico no produce necesariamente ni implica la ideología que a menudo se atribuye a los sostenedores del positivismo jurídico. Darse cuenta de esta distinción induce a formular dos criterios metodológicos que creo hay que tener siempre presentes en el examen de las doctrinas del positivismo jurídico. El primer criterio considera el análisis descriptivo de la doctrina y se puede formular de esta manera: que un jurista sea iuspositivista con respecto al modo de considerar el derecho no significa que lo sea también con respecto a la teoría y a la ideología; que un jurista sea iuspositivista con respecto a la teoría del derecho no significa que también lo sea con respecto a la ideología. El otro criterio considera el momento crítico o valorativo de la doctrina y puede ser formulado de esta manera: la aprobación o la condena de uno de los aspectos del positivismo jurídico no implica la aprobación o la condena de los otros dos. No tener en cuenta el primer criterio conduce a juicios unilaterales o falsos sobre este o aquel jurista y, en general, al tratamiento demasiado simplista de un fenómeno que es más bien complejo. No tener en cuenta el segundo trae como consecuencia una polémica a menudo infecunda y la creencia de estar liberado del adversario cuando, por el contrario, lo que se ha logrado es amputar cuando más un miembro, que no siempre es el más importante.

3. *El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho*

En el primer aspecto —esto es, como modo de acercarse al estudio del derecho— el positivismo jurídico se caracteriza por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, con otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo. Si se quiere usar una sola palabra para designar esta forma de *approach* al derecho, se la podría llamar «científica» (en este caso con referencia a las ciencias descriptivas y explicativas y no a las demostrativas). Es opinión común que el progreso del saber científico en la Edad Moderna se ha debido a la eliminación de la concepción finalista del universo que inducía a pronunciar juicios de valor sobre hechos naturales. Aunque, como ha sido repetido infinito número de veces, esta suspensión de los juicios de valor es más difícil en el dominio de los hechos humanos, es, sin embargo, incontestable que la característica de la orientación científica en el estudio de los hechos morales está representada más que por el uso de ciertas técnicas, por la objetividad entendida como la abstención de toda toma de posición frente a la realidad observada, o neutralidad ética, o para decirlo con la célebre fórmula weberiana, *Wertfreiheit*.

En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud avaloativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables, como el que haya sido emanada por ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas, y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores. La mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del derecho elementos finalistas, por ejemplo, la obtención del bien común, la realización de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y a causa de esta inclusión se ve obligado —si quiere ser coherente (pero afortunadamente a menudo los antipositivistas no lo son)— a rechazar como no jurídicas aquellas normas que a pesar de emanar de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para realizar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar. Piénsese en un lingüista que pretendiera incluir en la definición de fenómeno lingüístico la correspondencia con un lenguaje ideal, y rechazara, por consiguiente, de su campo de observación todos

jurídico, en este primer aspecto, no es otra cosa que el rechazo de las pretensiones de estos extraños lingüistas aplicadas al estudio de la experiencia jurídica.

Si se acepta llamar derecho positivo al derecho vigente en una determinada sociedad, esto es, el complejo de reglas emanadas según procedimientos establecidos, que son habitualmente obedecidas por los ciudadanos y aplicadas por los jueces, se puede definir «positivismo jurídico» cualquier teoría del derecho que parta del presupuesto de que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo; esto es algo diferente a afirmar que «no existe otro derecho que el derecho positivo». El jurista que hace profesión de fe positivista no niega en general que exista un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo, dando a entender que el mismo carácter que lo distingue del derecho positivo, o sea, el hecho de no ser vigente es lo que excluye el interés de hacerlo objeto de investigación científica.

4. *El positivismo jurídico como teoría*

Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatalista del derecho. Históricamente, esta teoría es la expresión o la toma de conciencia, por parte de los juristas, de aquel complejo fenómeno en la formación del Estado moderno, que es la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado. La mejor ilustración de este procedimiento ha sido dada, a mi juicio, por Ehrlich en su obra *Die juristische Logik* (1918), en la cual, como es sabido, afirma que el método tradicional del jurista, contra el cual libra su famosa batalla en nombre de la libre valoración de los intereses por parte del juez, está caracterizado por estos tres principios: 1) toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente; 2) esta regla preexistente está siempre dada por el Estado; 3) el complejo de las reglas dadas por el Estado constituye una unidad. O sea, que lo que Ehrlich combate es la teoría del positivismo jurídico; pero al combatirla ha analizado tan bien sus principios constitutivos, y ha descrito tan claramente su origen y desarrollo histórico, que su libro, más que un *pamphlet* vivaz, puede ser considerado como el más convincente y sugestivo tratamiento del positivismo jurídico como teoría.

El nexo entre el primer modo de entender el positivismo jurídico (examinado en el § 3) y este segundo, es decir, entre el positivismo como *approach* y el positivismo como teoría, es fáctico o histórico. Cuando los

juristas a finales del siglo XVIII se alejaron poco a poco del derecho natural y fueron atraídos por el estudio del derecho positivo hasta disolver la teoría del derecho natural en la filosofía del derecho positivo, el derecho positivo que se les presentaba como objeto de estudio era el derecho unificado por el poder estatal de las monarquías absolutas.

Históricamente me parece que se puede decir que positivismo jurídico en el primer sentido y positivismo jurídico en el segundo surgen a un mismo tiempo. Pero este nexo histórico no puede ser tomado, sin una grave tergiversación, como un nexo lógico; el estudio del derecho como hecho conducía a la concepción estatalista del derecho porque *de hecho* todas las reglas que los juristas elaboraban como derecho vigente eran puestas directa o indirectamente por órganos del Estado. El positivismo jurídico se ha presentado como estatalismo por razones históricas; nada ha impedido que, con respecto al modo de estudiar el derecho y no al modo de entenderlo, se haya podido hablar de positivismo jurídico con referencia a otros ordenamientos, tales como el ordenamiento internacional y el ordenamiento canónico.

A este segundo aspecto del positivismo jurídico, es decir, a la concepción estatalista del derecho, están vinculados algunos conocidos rasgos teóricos que a menudo son considerados como característicos del positivismo jurídico: 1) con respecto a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza, o bien, de normas cuyo contenido es la reglamentación del uso de la fuerza en un grupo social dado; 2) con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos, con todo un cortejo de subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos, personales o impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales); 3) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario, del derecho científico, del derecho judicial, del derecho que deriva de la naturaleza de las cosas, al carácter de fuentes subordinadas o aparentes; 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de coherencia o falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica, en particular, la consideración de la ciencia jurídica como mera hermenéutica (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandectista alemana).

Una vez más debemos advertir que estas características del derecho no han sido descubiertas como consecuencia de la consideración del derecho como hecho, sino como consecuencia de haber identificado en

una determinada época histórica, que coincide con la concentración de la producción jurídica en los órganos estatales, el fenómeno jurídico con el complejo de reglas producidas por el Estado. Ciertamente el *approach* positivista está estrechamente vinculado con cualquier teoría del derecho, por la suficiente razón de que la distinción misma entre el derecho que es y el derecho que debe ser no puede realizarse sino sobre la base de una teoría más o menos elaborada en torno del derecho; mas no está necesariamente vinculado con la teoría estatalista del derecho, es decir, con aquella teoría a la que el uso lingüístico común atribuye la calificación de doctrina típica del positivismo jurídico. Esto es tan cierto que hoy la mayor parte de los juristas que invocan el *approach* positivista no aceptan la teoría estatalista, con la consecuencia de que pueden ser llamados positivistas en el primer sentido pero no en el segundo. Para ellos la teoría del estatalismo jurídico no es otra cosa que una teoría errónea; y, porque confunde como derecho real aquello que es considerado como tal por sus partidarios, no es tampoco una doctrina positivista en el primer sentido, o sea, en el sentido en el cual los partidarios de la distinción clara entre el derecho que es y aquel que se quisiera que fuese aceptan ser llamados positivistas. Pero hay que tener en cuenta que el no aceptar que la teoría estatalista sea positivista en el primer sentido, en tanto teoría no fáctica, no conduce a tener que refutarla en nombre del positivismo en el segundo sentido, porque en este sentido aquella teoría se llama así pura y simplemente por razones históricas, que siguen siéndolo aun si la teoría, después de un análisis ulterior, resulta ser falsa.

5. *El positivismo jurídico como ideología*

Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal. Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza a menudo a través de dos tipos diversos de argumentación: 1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el poder, la paz, la seguridad, en general, la justicia

legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral, entendiéndose por deber moral una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida *por respeto* a las leyes, en contraposición a aquella obligación externa o *por temor* a la sanción.

Mientras los juristas elaboran una teoría del positivismo jurídico como la ilustrada en el párrafo precedente, se están limitando a tomar una actitud frente a un complejo de hechos históricos —en el caso concreto la reducción del derecho a regla puesta e impuesta por el Estado— y a representarlos en una serie más o menos coherente y completa de nociones sistemáticas. La teoría del positivismo jurídico no implica necesariamente una valoración positiva de los datos que han sido objetivamente destacados y representados; más bien tiene función principalmente descriptiva y solo indirectamente prescriptiva. Su fin (y también su límite) es describir, interpretar, comprender una realidad, no recomendar esta o aquella solución como mejor que otra. Para un teórico del positivismo jurídico afirmar, por ejemplo, que la fuente principal del derecho es la ley no significa enunciar el juicio del valor «Está bien que la ley sea la fuente principal», sino el juicio fáctico «Es fácticamente verdadero que la ley es la fuente principal»; afirmar que el juez tiene un poder declarativo y no creativo no significa sostener que esta es la solución mejor para la producción del derecho, sino que es la situación real, la que se desprende del sistema efectivamente vigente fundado, por ejemplo, en la separación de poderes, y basado en la regla positiva según la cual toda decisión del juez debe estar fundada en una regla preexistente no producida por él mismo. El paso de la teoría a la ideología del positivismo jurídico es el paso de la verificación de un hecho a la valoración positiva del mismo: el sistema vigente no es ya únicamente descrito e interpretado objetivamente, sino también presentado como un sistema bueno o directamente como el sistema mejor. El efecto de este paso es la transformación del positivismo jurídico de teoría del derecho en teoría de justicia, es decir, en una teoría que pretende no ya indicar lo que en el plano de los hechos es el derecho, sino, recomendar aquello que en el plano de los valores es lo justo.

Una vez más, el paso de uno a otro aspecto del positivismo jurídico es fáctico o histórico, no necesario o esencial. La teoría positivista es el reflejo, en la conciencia de los juristas, de la formación del Estado moderno; la ideología positivista está vinculada, por el contrario, a la exaltación del Estado, tal como se expresa, por ejemplo, en la filosofía hegeliana, y presupone, por consiguiente, una filosofía de la historia y una serie de postulados éticos más o menos explícitos. Es verdad que el positivismo jurídico y la exaltación del Estado han corrido parejos, sobre

bles, tales como el orden, la paz, la seguridad y, en general, la justicia

confusión. Pero también es verdad que estatalismo jurídico y estatalismo ético no son en realidad *unum et idem* y que se puede ser por honestidad científica iuspositivista en el primer sentido sin serlo, por convicciones morales y políticas, en el segundo. Entiendo que bastará el ejemplo de Kelsen, cuya teoría es ciertamente un producto del positivismo jurídico, pero no es en modo alguno la exaltación del Estado y tiende ideológicamente al primado del derecho internacional, y no contiene la afirmación de que la obligación de obedecer a las leyes del Estado sea una obligación moral.

6. *Un criterio para distinguir los tres aspectos del positivismo jurídico*

La distinción entre estos tres planos o formas bajo las que se presenta históricamente el positivismo jurídico permite eliminar muchos equívocos en el terreno del análisis histórico y de la crítica ético-política de esta corriente, que nada tiene de homogénea, y, en definitiva, ajustar sin prevenciones ni falsos objetivos aquello que ha sido llamado por un autorizado jurista italiano el «balance» del positivismo jurídico[6].

Como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico se apoya sobre un juicio de conveniencia o de oportunidad que puede ser formulado de esta manera: «Partir del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el de proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema del derecho vigente». Este presupuesto está fundado sobre la verificación histórica de que el derecho que se aplica en los tribunales y que, por consiguiente, interesa conocer es un conjunto de reglas cuya validez deriva no de su conformidad con un derecho ideal, sino del hecho de estar puestas por cierta autoridad o del hecho de ser efectivamente seguidas por aquellos que deben aplicarlas. Se entiende que, si se atribuye a la ciencia del derecho también la tarea de proporcionar esquemas de decisión al legislador, desaparece la oportunidad de no tener en cuenta el llamado derecho ideal. Es conocida la distinción entre la tarea *de iure condito*, que en el ambiente influido por el positivismo jurídico se considera como propia de la ciencia jurídica, y la tarea *de iure condendo*, que es considerada como más política que jurídica y se la atribuye a la ciencia de la legislación o a la llamada política legislativa. Por tratarse aquí de la elección de un punto de partida, la que está fundada sobre el juicio de la mayor adecuación de ciertos medios para la obten-

6. F. Carnelutti, «Bilancio del positivismo giuridico» (1951), en *Discorsi intorno al diritto*, CEDAM, Padua, 1953, II, pp. 241-261.

ción del fin, la crítica será fecunda solo si discute la oportunidad de la elección: la validez del modo positivista de acercarse al derecho es independiente de la verdad o falsedad de la teoría del estatalismo jurídico y de la bondad o maldad de la ideología del estatalismo ético.

En cuanto al positivismo como teoría, el mismo se apoya sobre un juicio de hecho, o mejor aún, sobre una serie de juicios de hecho y puede ser resumido en esta fórmula: «Es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que directa o indirectamente son formuladas y aplicadas por el Estado». Quien quiera objetar esta teoría no deberá dirigir su crítica a la demostración de que no sirve para su fin, sino que deberá probar que es falsa, esto es, que los hechos enunciados por ella no se verifican en absoluto o no se verifican de la manera como han sido interpretados. Sin embargo, quede bien claro que este segundo tipo de refutación no contiene o absorbe al primero: se puede probar que la teoría es falsa, parcial o totalmente, sin haber probado por esto la no conveniencia de este modo de aproximación al objeto. Los errores de hecho pueden ser imputables al mal planteamiento metodológico, pero ambas cosas no se implican recíprocamente.

Finalmente, la ideología del positivismo jurídico es la expresión de un sistema más o menos coherente de valores y puede ser resumida como sigue: «El derecho, por la manera como es puesto y hecho valer, o por el fin al que sirve, cualquiera que sea su contenido, tiene por sí mismo un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicionada a sus prescripciones». Quien quiera refutar esta ideología deberá valerse de argumentaciones diferentes de aquellas que se adoptan para probar o negar los hechos: se tratará de contraponer a aquellos postulados éticos, a los que la ideología positivista remite más o menos explícitamente, otros postulados éticos, y la argumentación más fuerte resultará posiblemente de poner ante los ojos del interlocutor las consecuencias funestas o insatisfactorias de la aceptación de ciertos valores como guía de la conducta. Lo que importa ahora poner de manifiesto es que la refutación de la ideología positivista no contiene o absorbe la precedente refutación de la teoría del positivismo jurídico: se puede estar convencido de que hay que desaprobar la ideología positivista y seguir aceptando que, de hecho, la teoría estatalista es verdadera.

7. *Defensa del positivismo jurídico como ideología*

Hay que tener presente que según que la polémica contra el positivismo jurídico haya sido dirigida contra el método, la teoría o la ideología, la línea de defensa de los positivistas ha sido consecuentemente diferente.

puede servir para esclarecer la situación presente del positivismo jurídico, y evitar las frecuentes refutaciones, poco pertinentes y rigurosas, dictadas por aquellos que se han atribuido la misión de defender nuestra civilidad, y así como para ayudar a cada uno a pronunciarse sobre lo que estima aceptable y lo que considera rechazable. Para este examen ulterior invierto el camino: comienzo por la ideología para pasar después a la teoría y finalmente al método. La razón de esta inversión se volverá más clara a medida que se recorra camino.

La lucha antipositivista en estos últimos años, en que se habla con insistencia de un enésimo renacimiento del irreductible derecho natural, ha sido librada principalmente contra el positivismo jurídico como ideología. La mayor acusación ha sido la de que fue responsable, por lo menos en parte, de algunos fenómenos típicos del totalitarismo: a los acusadores les ha resultado fácil relacionar la fuerte tradición del positivismo jurídico entre los juristas alemanes y el ciego estatalismo del régimen nazista. Acusaciones análogas fueron lanzadas, sobre todo por juristas franceses, en contra de la ciencia jurídica alemana al final de la Primera Guerra Mundial[7].

Veamos dentro de qué límites tienen fundamento estas acusaciones. Ante todo es falso desde el punto de vista histórico que la doctrina de la obligación moral de obedecer las leyes positivas sea una doctrina positivista; la teoría de la obediencia, bastante más que la de la resistencia, ha sido afirmada por las teorías iusnaturalistas tradicionales[8]. En general diría que la aceptación de la obligación moral de obedecer las leyes positivas no es ni iusnaturalista ni positivista, porque deriva de la constatación, tan antigua como la filosofía del derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse confiando únicamente en una obediencia basada en el temor de la sanción. Si por «obligación moral» se entiende aquella basada en el *respeto a la ley* y por «obligación jurídica» aquella fundada en el *temor* de la sanción, es un dato fáctico que todo orden cuenta también con la obligación moral de la obediencia, por lo menos por parte de aquellos a quienes se ha confiado la tarea de castigar a quien haya demostrado no sentir esta obligación ni temer la sanción. La objeción de exigir la obligación moral de la obediencia a las leyes es

7. Véase J. Bonnecase, *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle*, París, De Boccard, 1919, sobre todo el prefacio que contiene ataques contra la ciencia jurídica alemana que subordina el derecho a la fuerza y contra los juristas franceses sometidos a la ciencia jurídica alemana. Y también F. Geny, *Science et technique en droit privé positif*, vol. IV, en la parte en que critica el positivismo jurídico de los juristas franceses, especialmente el sistema de Carré de Malberg, p. 253 (en nota).

8. Para una amplia exposición del problema puede consultarse siempre las páginas de J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, París, 1929, secc. IV, pp. 633 ss.

un reproche que ambos adversarios se lanzan recíprocamente y que por consiguiente vale poco.

En segundo lugar hay que tener en cuenta la aclaración introducida en el apartado 5, donde se indica que es necesario distinguir la doctrina que funda la obligación moral de obedecer las leyes positivas en la afirmación de que las leyes positivas son justas en tanto tales (es justo aquello que es mandado, es injusto aquello que está prohibido), de la doctrina que funda la misma obligación en la afirmación de que las leyes positivas, justas o injustas, buenas o malas, deben ser obedecidas, porque sirven para realizar valores sin los cuales ninguna sociedad podría sobrevivir, tales como el orden, la paz, la seguridad y, en general, la justicia legal. La primera tiene que sostener una obligación incondicionada de obedecer las leyes desde el momento en que no reconoce valores diversos y superiores a aquellos recogidos por las leyes, y hace de estas el criterio último e insuperable del bien y del mal. Pero ¿existe algún jurista positivista que haya sostenido alguna vez doctrina semejante? Aun en el sistema de Hobbes, según el cual es justo aquello que es ordenado por el soberano, la razón de obediencia desaparece cuando las leyes, en vez de asegurar la realización del fin para el cual han sido puestas, la protección de la vida individual, lo ponen en peligro. Según la segunda doctrina, que es la más atribuida a los positivistas, la obligación moral de obedecer las leyes está doblemente condicionada: 1) por el reconocimiento de que las leyes dadas sean medios idóneos para la obtención del fin que les es propio; 2) por el reconocimiento de que los valores garantizados por el derecho no entren en conflicto con otros valores, tales como el respeto a la vida, a la libertad, a la dignidad humana, que la conciencia moral juzga superiores.

Finalmente, por lo que respecta a la relación entre ideología del positivismo jurídico y dictadura, es extraño cómo se tiende fácilmente a olvidar que los postulados éticos del positivismo jurídico, el principio de legalidad, el orden como fin principal del Estado, la seguridad como valor del derecho, fueron elaborados en el siglo XVIII por la doctrina liberal desde Montesquieu a Kant, para poder contener el despotismo, o sea, como frenos al arbitrio del príncipe, como defensa de la libertad individual en contra de la extralimitación del poder ejecutivo, como garantía de igualdad de trato frente a los privilegios. En Italia, durante los años de la dictadura fascista, la resistencia contra la arbitrariedad fue conducida por los juristas en nombre de los postulados éticos del positivismo jurídico, con la defensa a todo trance de la justicia legal en contra de la pretendida justicia sustancial que, en aquel caso, subvertía el orden liberal y el principio de la seguridad jurídica[9]. Esto demuestra que una

9. Véase el libro de F. López de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, reed. en

contraposición abstracta, separada de un determinado contexto histórico, entre el valor de la justicia legal y el de la justicia sustancial, es absolutamente infecunda. La ideología del positivismo jurídico no es, abstractamente considerada, ni mejor ni peor que otra. No conduce a la dictadura más de lo que conduce al estado de libertad: es significativo que en Italia aquellos mismos juristas que durante el fascismo habían invocado el respeto del principio de legalidad, en la época de reconstrucción democrática se hayan vuelto defensores del principio opuesto. Las leyes positivas son medios para realizar ciertos fines: la obediencia escrupulosa a las leyes es recomendable cuando los fines son buenos, mas es desaconsejable cuando son malos. Al positivismo jurídico, nacido en una época de gran confianza en la bondad de las leyes, en la ciencia de la legislación, en las codificaciones, en el Estado de derecho, no se le pueden reprochar las consecuencias que han sido extraídas de aquellos principios en un régimen de leyes malas. Si no se puede admitir que la obediencia a las leyes, en tanto tales, sea siempre un bien, tampoco puede admitirse la opinión contraria, o sea, que la obediencia escrupulosa a las leyes positivas constituya siempre un mal. El error de cierto positivismo jurídico consiste en haber elevado la ideología de la obediencia a valor absoluto; pero no es mayor que el error de la teoría contraria que eleva a valor absoluto la ideología de la desobediencia.

8. *Defensa del positivismo jurídico como teoría*

Mientras que la oposición a la ideología del positivismo jurídico ha sido particularmente animada en el campo de los partidarios del derecho natural, en todas sus formas, y constituye un episodio en la recurrente polémica entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, la oposición al positivismo jurídico como teoría ha nacido sobre el terreno de la sociología jurídica y es un episodio de otra oposición recurrente entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia sociológica, entre teoría estatalista y teoría social del derecho, entre formalismo y realismo. La crítica de los *horrores* es sustituida aquí por la crítica de los *errores*. El libro de Ehrlich ya citado es un ejemplo de este tipo de crítica: su objetivo no es mostrar que la ideología de los juristas tradicionales es mala sino sobre todo que sus tesis acerca de la noción del derecho, de la función del jurista y del juez, son equivocadas. Frente al avance de las teorías sociológicas del derecho, el positivismo jurídico ha reaccionado de varias maneras: 1) negando los errores a él atribuidos y acusando a los adver-

hizo P. Calamandrei cuando apareció por primera vez en el trabajo «La certezza del diritto

sarios de incomprensión; 2) modificando las propias tesis para poder hacerse cargo de las críticas de los adversarios sin abandonar sus principios; 3) reconociendo abiertamente el error y adaptando la teoría de tal manera que pueda incluir las tesis adversarias.

Un ejemplo interesante de la primera respuesta se encuentra en la discusión acerca de la plenitud del orden jurídico. Tras una etapa acrítica del problema, que coincide con la fe ciega en la omnisciencia del legislador y corresponde a aquella corriente que ha sido llamada en Francia escuela de la exégesis, ha venido la etapa de la crítica abierta, cuyo representante más combativo ha sido la escuela del derecho libre. La respuesta del positivismo jurídico ha sido, por un lado, la llamada teoría jurídica del espacio vacío (Bergbohm, y, en Italia, Romano), según la cual el caso no regulado por las leyes positivas no es una laguna del orden, sino un hecho jurídicamente irrelevante; por otro, la teoría de la norma jurídica exclusiva (Zitelmann y, en Italia, Donati), según la cual el caso no regulado por la norma especial cae en el ámbito de la norma general que excluye de la reglamentación de la norma especial todos los casos posibles que no entran en ella. Las lagunas, de las que habla el jurista sociológico, serían, desde este punto de vista, ideológicas, esto es, representarían la falta no ya de una norma jurídica positiva, sino de la norma tal como debería ser para que el sistema jurídico fuese ideológicamente aceptable.

Un ejemplo interesante del segundo tipo de respuesta surge, según mi opinión, de la discusión en torno a la imperatividad: escritores que son considerados positivistas por excelencia, como Kelsen, han abandonado la noción de imperatividad, considerándola no esencial para una coherente teoría positivista del derecho. La noción qué parece hoy más apta para señalar las normas jurídicas es aquella más genérica de prescripción, de la cual el mandato es solo una especie. Es una noción aceptada por los partidarios de una de las teorías más extremas del realismo jurídico, tales como Ross[10]. Y se encuentra, no obstante la *communis opinio* contraria, también en Kelsen[11]. La noción de «proposición prescriptiva» parece más adecuada para comprender los diversos tipos de reglas que componen un ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, cumple la misma función de la noción de «mandato», que es la de distinguir la esfera de las reglas jurídicas de la de las leyes naturales.

10. A. Ross, *On Law and Justice*, Stevens and Sons, Londres, 1958 [*Sobre el derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1965]. Ross habla de *directives*, distinguiéndolas de las *assertions* y de las *exclamations* (pp. 8 ss.).

11. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milán, 1952, p. 45 [*Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, UNAM, México,

e la responsabilità della dottrina», ahora en *Studi del processo civile*, vol. V, p. 99.

El ejemplo más importante de la admisión de las críticas del adversario se refiere a la teoría de las fuentes. Es un hecho que con respecto a los orígenes históricos, el positivismo jurídico está ligado a la consideración de la ley como fuente principal y a la subestimación del derecho judicial. Hasta hace poco, ha sido considerado una característica esencial del positivismo jurídico el llamado «codicismo»[12]. En la opinión corriente de los adversarios, sobre todo de los partidarios de la escuela realista, uno de los rasgos característicos del positivismo jurídico es la concepción mecanicista de la interpretación judicial y el desconocimiento del poder creador del juez. A menudo suele escucharse que el positivismo jurídico es aquella teoría que considera al juez como un autómata, y a la decisión judicial como un silogismo. Aquí las críticas provenientes de la corriente sociológica han abierto una brecha que no ha vuelto a cerrarse porque han sido dirigidas no sobre el terreno de los programas, sino de las pruebas de hecho, y los hechos aducidos eran difícilmente refutables. Se ha observado que aun prescindiendo de la discusión programática acerca de si está bien o mal conceder mayor libertad al juez en la búsqueda del derecho, *de hecho* el juez crea derecho, a pesar de la supremacía de la ley y de la obligación de decidir conforme a reglas previamente puestas. La creación del derecho por parte del juez, más que ser una exigencia que podría conducir a modificar el sistema, es una realidad dentro del sistema mismo, contra la cual se estrellan los argumentos éticos como las flechas contra una muralla. Aun los más fieles y ortodoxos sostenedores del positivismo jurídico no han podido hacer otra cosa que tener en cuenta esta realidad: la teoría mecanicista de la interpretación ha sido casi completamente abandonada. El mismo Kelsen ha dado un buen ejemplo. Y si hay que juzgar por el interés suscitado en Italia en estos últimos años, en la fortaleza antiguamente inexpugnable de los juristas, por las teorías de la jurisprudencia sociológica y la discusión alrededor de los juicios de valor en la decisión judicial, hay que reconocer que tiene razón Carnelutti cuando desde hace un tiempo repite que finalmente también nosotros hemos descubierto que el momento decisivo de la vida del derecho es el fallo judicial. Con esto no se quiere condenar al ostracismo a la concepción mecanicista de la interpretación; pero se le da el puesto que merece, que no es ya el de ser el fiel reflejo de aquello que sucede de hecho en los sistemas de predominio legislativo, sino una de las posibles actitudes que el juez puede asumir frente a las reglas que debe aplicar.

Pero, en este punto, lo que interesa a los fines del presente análisis es la respuesta a esta pregunta: ¿una consideración más realista de la acti-

vidad del juez, de la cual todos debemos algo a las teorías sociológicas del derecho, tiene el poder de modificar de algún modo la tradicional teoría de las fuentes, propia del positivismo jurídico? Me parece que la respuesta no puede ser sino negativa. Existen dos alternativas: o se considera «fuente del derecho», como lo hace la doctrina tradicional y el mismo legislador (por ejemplo, el artículo 1.º de las *Disposizioni sulla legge in generale*, con las que comienza el Código Civil italiano), a los hechos que el orden jurídico califica como creadores de normas obligatorias generales, y entonces la constatación de que a través del juez el derecho vigente de un determinado país se desarrolla, se completa, se adapta a las nuevas situaciones, no autoriza al teórico del derecho a incluir la decisión del juez entre las fuentes del derecho, al menos donde no rige la institución del precedente obligatorio: la decisión del juez, en efecto, en cuanto es obligatoria, o sea, respecto de las partes, no es general; en cuanto asume la forma de enunciación de una máxima general, no es obligatoria; y si tiende a volverse tal, a través de la práctica de los tribunales, fuente del derecho es, en este caso, la costumbre y no el juez. O, por el contrario, se acepta un significado mucho más amplio de «fuente del derecho», que incluye también las normas individuales (en el sentido kelseniano), y entonces ciertamente la decisión judicial entra dentro de las fuentes del derecho, pero esta aceptación no depende del descubrimiento del poder creador del juez, porque la sentencia es norma individual tanto en el caso de que sea producto del poder creador del juez, como en el caso de que sea mera aprobación de una norma general. Es necesario estar atento para no atribuir al mejor conocimiento acerca del modo en que funciona un sistema la virtud de modificar el sistema.

9. *Defensa del* approach *positivista al derecho*

Falta hablar de la validez del *approach* característico del positivismo jurídico, esto es, del punto de vista empírico que adopta frente al derecho. Aquí, el acuerdo es más amplio: mientras con respecto al punto examinado en el parágrafo precedente, el positivismo jurídico tiene que habérselas con las corrientes sociológicas y realistas, en la consideración del derecho como hecho y en la distinción entre aquello que el derecho es y aquello que debe ser, positivismo y realismo están de acuerdo y son aliados en contra de las corrientes iusnaturalistas. Sin embargo, aquí la cuestión es, como ya hemos dicho, la de la oportunidad o conveniencia en la elección del punto de partida más apto para la elaboración de la ciencia jurídica y de la teoría general del derecho. Me parece difícil que se puedan aducir buenos argumentos para probar la conveniencia del

12. En el artículo citado de Carnelutti, «Bilancio del positivismo giuridico», p. 255.

del derecho tal como debe ser, o mejor, del derecho existente siempre que concuerde con un derecho ideal o racional. El ejemplo del lenguaje es adecuado: el lingüista, sea que se ocupe de lenguas muertas, sea que se ocupe de lenguas vivas, considera el lenguaje que es efectivamente hablado —no importa si el mismo es bárbaro o refinado, vulgar o culto—. Al trasponer el umbral de la investigación el científico depone los juicios de valor. Análogamente, con respecto al derecho no se entiende por qué aquello que se admite sin dificultad para la historia del derecho no deba admitirse para el estudio de un derecho vigente, esto es, que es derecho y, por consiguiente, objeto de investigación de la ciencia jurídica, tanto el derecho justo como el injusto. ¿Admiten todos este punto de partida? Entonces todos son positivistas sin saberlo.

Alguien podría todavía objetar que quien se opone al positivismo jurídico sobre este terreno no dirige su ataque tanto a la oportunidad del punto de vista fáctico como a su insuficiencia. Admitamos, dice el iusnaturalista impenitente, que un sistema de derecho vigente sea un sistema de hechos históricos y que, por consiguiente, haya que partir de consideraciones fácticas; pero estas consideraciones fácticas no son suficientes para dar una justificación del derecho o, en todo caso, la única justificación que ellas pueden dar es la que consiste en reducir el derecho a la fuerza. Aquí la respuesta será más breve y también, a causa de la gravedad de la acusación, más severa. En primer lugar, no se puede pedir a una doctrina que se propone una investigación fáctica del derecho, que sirva también para proporcionar criterios éticos de justificación de los hechos. O mejor: cualquier jurista que se inspira en los cánones del positivismo tiene sus buenos criterios para dar una justificación del derecho, pero no los mezcla con la investigación para no confundir asuntos diversos. La insuficiencia del *approach* positivista, si se puede hablar de insuficiencia, es deliberada. En cuanto a la reducción del derecho a fuerza, puede responderse que como el positivismo jurídico no es una teoría acerca de la justificación del derecho no justifica la fuerza, así como no justifica ningún otro fundamento que se quiera atribuir al derecho. El positivismo jurídico se limita a afirmar que si se quiere elaborar una ciencia jurídica es oportuno considerar derecho a aquel conjunto de reglas que en una sociedad determinada son efectivamente obedecidas o aplicadas (principio de efectividad). Con esto no se dice: *a*) que las reglas efectivamente obedecidas o aplicadas deban su eficacia primordialmente a la fuerza ejercida por los órganos del poder coactivo, ya que tal eficacia puede derivar de la adhesión espontánea; *b*) que el poder que ejerce la coacción derive de un acto de fuerza o se apoye en la fuerza, ya que puede derivar del consenso y apoyarse en él. Entre el principio de efectividad y la reducción del derecho a la fuerza hay una gran diferencia: uno

no considerar como derecho para los fines de una investigación científica; el otro es una de las tantas tentativas, más o menos inteligente, de justificar aquello que sucede. Ahora bien, ocurre que sobre la base del principio de efectividad se considera como derecho a cierto conjunto de reglas, independientemente del motivo de su eficacia y, por consiguiente, se tiene como tal tanto a las que son efectivas por consenso como a aquellas que lo son por la fuerza. El principio de efectividad vale también para el derecho internacional: pero las normas de derecho internacional tienen como fundamento el consenso y no la fuerza. Si al final realmente se descubriese que las reglas jurídicas de un Estado están fundadas exclusivamente sobre la fuerza, no es posible comprender cómo el principio de efectividad y, por consiguiente, el positivismo jurídico, que se limita a verificar aquello que sucede la mayoría de las veces y no a dar una justificación ética de ello, puede ser inculpado de esta lamentable (pero no sorprendente) realidad.

Tal vez la acusación más grave hecha al positivismo jurídico en este campo es otra: la de que no es fiel al punto de partida: ¿es verdad —agregan los críticos más empecinados— que el positivista abandona los juicios de valor al trasponer el umbral de la investigación? El positivista cree que lo hace, pero en realidad no es así; toma posición, aunque no lo admita y crea ser objetivo. La pretensión de ser éticamente neutral es infundada[13]. La misión del jurista no es solo la de describir aquello que es derecho en una determinada sociedad, sino también interpretar el derecho vigente a través de la aplicación en los tribunales. Nadie cree ya en la actualidad, como se ha visto en el parágrafo anterior, que la interpretación, aun la llamada mecánica, sea una operación meramente lógica. ¿Pero esta objeción conduce verdaderamente a demostrar la infidelidad del jurista al punto de partida fáctico? Yo diría que no. Cuando el positivista sostiene que el objeto de la ciencia jurídica es el derecho tal como es y no como debe ser, no pretende desconocer que el derecho que es está constituido también por una serie de apreciaciones relativas a situaciones de hecho, de las que nacen las reglas ni afirmar que solo el legislador, y no el juez o el jurista, puede hacer esas apreciaciones. El hecho de que la actividad del jurista no sea únicamente lógica, sino también valorativa, y esté éticamente orientada, no modifica la circunstancia de que sus valoraciones llegan a ser derecho no por el hecho de ser buenas, sabias, justas, conformes al derecho natural, sino simplemente porque ellas se convierten en reglas válidas del sistema. La tesis de que el derecho es aquello que de hecho es no lleva a excluir que entre esos hechos se encuentren las valoraciones personales del legislador, del jurista y del juez: significa simplemente que estas valo-

establece el ámbito de la ciencia jurídica e indica aquello que es oportu-

raciones se convierten en derecho cuando son acogidas mediante procedimientos establecidos y objetivamente verificables, en el sistema de las fuentes, y no debido a su mayor o menor conformidad con ciertos ideales de justicia. Hay que distinguir el momento en el que el jurista hace del derecho un objeto de la propia investigación y aquel momento en el cual contribuye a crearlo (la analogía con el lingüista vuelve aquí a ser esclarecedora): es obvio que el modo fáctico de considerar el derecho se refiere al primero y no al segundo momento.

10. *Conclusiones*

Las consideraciones desarrolladas hasta aquí sobre las diversas formas bajo las que se presenta la doctrina del positivismo jurídico tenían por único fin invitar a reflexionar sobre el hecho de que en la crítica del positivismo jurídico no es posible, como se dice, colocar todas las posiciones en un «mismo saco». Para concluir, quisiera fijar algunos puntos de coincidencia y de desacuerdo.

El aspecto más discutible o por lo menos aquel acerca del cual es oportuno expresar cierta reserva y hacer distinciones muy claras es el ideológico. Si por ideología del positivismo jurídico se entiende la exaltación estatal, según la cual el Estado es el supremo portador de los valores del bien y del mal, sus adversarios tienen razón en condenar sus funestas consecuencias. Pero si la ideología del positivismo jurídico se identifica más bien con la defensa de ciertos valores, para cuya realización parece particularmente idóneo el ordenamiento jurídico, tales como el de la legalidad, del orden, de la seguridad, lo que importa es darse cuenta de que estos valores no son los únicos y de que, como tales, pueden entrar en conflicto con otros valores y, por consiguiente, hay que considerarlos como relativos y no ver en ellos valores absolutos. Como ética de la legalidad, de la paz, de la seguridad, el positivismo jurídico tiene sus credenciales perfectamente en regla para ser admitido entre las ideologías que no repugnan, por ejemplo, a una concepción democrática del Estado. No llego a decir que sea la más compatible, porque la relación entre positivismo jurídico y Estado democrático cambia con el tiempo. Pero no veo que se pueda anatematizar el positivismo jurídico en nombre de los valores de la democracia; por otra parte, el positivismo jurídico y la concepción democrática del Estado han tenido en el pensamiento de Kelsen una unión personal que se mantiene hasta ahora.

En cuanto al positivismo como teoría del derecho, creo que conviene distinguir entre un significado restringido y un significado amplio de la teoría. Si hubiese que entender por positivismo jurídico únicamente

13. Véase la conclusión de la discusión entre Hart y Fuller, y las últimas palabras del segundo en «Positivism and Fidelity to Law»: *Harvard Law Review* 71 (1958), p. 672.

ley, creo que tendrían razón aquellos que proponen descartarlo por la razón óptima de que es desmentido por los hechos. Pero, desde la época del llamado fetichismo legislativo, ha pasado mucha agua bajo los puentes y ya nadie cree seriamente que el juez sea un autómata. Se trata de ver si conviene llamar positivismo jurídico a la teoría ampliada, que ha modificado o va modificando radicalmente las ideas acerca de la interpretación jurídica y acerca de la obra de la ciencia del derecho. Yo creo que sí, ya porque me parece que no se han inventado otros nombres, ya porque de hecho esta acepción más amplia está siendo admitida por el uso sin provocar demasiados inconvenientes; ya finalmente, porque la ampliación, como lo he mostrado en el apartado 8, no trae aparejada ninguna confusión en los presupuestos. Se ha cuidado de restaurar el interior, pero el frente y el cuerpo del edificio permanecen siempre iguales, así como su destino.

Finalmente, en cuanto al positivismo como modo de estudiar el derecho, me parece que es aceptable sin modificación, o sin que sea necesario introducir una distinción entre sentido bueno y sentido malo, como lo es respecto de la ideología positivista, o entre sentido amplio y sentido restringido, como lo es en relación con la teoría positivista. Aquí el problema es uno solo: se trata de saber si se quiere verdaderamente colocar a la ciencia jurídica sobre bases sólidas, o si se quiere perpetuar la confusión, siempre atractiva en las disciplinas morales, entre el momento de la investigación y el de la crítica ético-política.

el «codicismo», es decir, la teoría de la interpretación mecánica de la

6

IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO*

1. *Definición de los dos términos*

La distinción entre los diferentes significados de la expresión «positivismo jurídico», presentadas en el capítulo precedente, puede servir también para otro fin: eliminar muchos equívocos en la disputa tradicional entre los partidarios del iusnaturalismo y los del positivismo jurídico. Lo encarnizado de la polémica puede en realidad inducir a creer que se trata de dos concepciones opuestas en toda su significación y entre las cuales es necesario escoger: o se es iusnaturalista o se es positivista. Por el contrario, sostengo que: 1) las expresiones «iusnaturalismo» y «positivismo jurídico» han sido adoptadas con significados tan diversos que las relaciones entre las dos corrientes se colocan en diversos planos según que se trate de uno u otro significado; 2) solo en uno de estos significados constituyen una verdadera y auténtica alternativa. Precisamente por no tener en cuenta los diversos planos, se crea la curiosa consecuencia de que a menudo los argumentos de los adversarios no se encuentran y que después del duelo a muerte ambos están más vivos que al principio.

Por lo pronto, intento redefinir las expresiones «iusnaturalismo» y «positivismo jurídico». Por «iusnaturalismo» entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por «positivismo jurídico» entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo. Obsérvese la asimetría de las dos definiciones. Mientras que el iusnaturalismo afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, el positivismo jurídico no afirma la superioridad del derecho positivo sobre el derecho natural, sino la exclusividad del derecho positivo. Por otra parte, mientras que el positivismo jurídico afirma la exclusividad del derecho positivo, el iusnaturalismo no afirma que exista únicamente el derecho natural, sino que existe también el derecho positivo, aunque en una posición de inferioridad con respecto al derecho natural. Más brevemente: por iusnaturalismo entiendo la teoría de la *superioridad* del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de la *exclusividad* del derecho positivo. El iusnaturalismo es dualista, el positivismo jurídico, monista.

De esta manera de definir el iusnaturalismo y el positivismo jurídico se puede obtener una primera observación: ni una ni otra concepción agotan las concepciones generales posibles del derecho. Es posible imaginar por lo menos tres más: 1) existe tanto el derecho natural como el derecho positivo, pero no en relación de dependencia sino de independencia o de indiferencia; 2) existe solo el derecho natural; 3) existe el derecho natural y el derecho positivo, pero el derecho positivo es superior al derecho natural.

La primera de estas tres teorías se contrapone tanto al iusnaturalismo, porque niega la superioridad del derecho natural sobre el positivo, como al positivismo jurídico, porque niega la exclusividad del derecho positivo. Aquí se sitúan todos aquellos autores que han considerado al derecho natural y derecho positivo no ya como dos órdenes dispuestos jerárquicamente, sino como dos *especies* de un mismo *genus*. Cuando Aristóteles, al comienzo del capítulo VII del libro V de la *Ética a Nicómaco* dice que una parte de lo justo civil es natural y la otra legal, distingue y delimita dos esferas de normas, distintas por el ámbito y el fundamento de la validez, pero no necesariamente contrapuestas y mucho menos recíprocamente excluyentes. Lo mismo sucede con Paulo, cuando expone una de las célebres distinciones entre derecho positivo y derecho natural del *Corpus iuris*, introduciéndola con estas palabras: «Ius pluribus modis dicitur: uno modo... altero modo...» (D. 1, 1, 11).

La teoría *sub 2* sería antitética a aquella que hemos considerado como típica del positivismo jurídico. Pero no encuentro ejemplos en la historia. La existencia del derecho natural como único derecho es característica de aquel estado particular de la humanidad que es el estado de naturaleza. Pero el estado natural puro en el cual los hombres viven siguiendo exclusivamente las leyes naturales es considerado generalmente como imaginario, una hipótesis científica como en Hobbes, un ideal regulativo como en Locke. En el estado histórico en el que viven los hombres, el derecho natural está entremezclado con el derecho positivo cuando no totalmente desplazado por este.

La teoría *sub 3* representa la antítesis de la teoría que hemos considerado como típica del iusnaturalismo: admite la existencia de la distin-

* Traducción de Ernesto Garzón Valdés.

de dependencia, sosteniendo la superioridad del segundo sobre el primero. Pienso que se puede ubicar históricamente en esta corriente todos aquellos autores que admiten el derecho natural pero no le reconocen otra función que la de integrar el derecho positivo, en caso de lagunas: en este sentido, el derecho natural no queda expulsado del sistema, pero vive, por así decirlo, al margen de este, como fuente de reserva para las decisiones del juez. No tiene la fuerza de desplazar al derecho positivo cuando este está promulgado, lo que con otras palabras significa que donde existen normas positivas estas prevalecen; solo allí donde el derecho positivo falta, entra en acción el derecho natural, como fuente suplementaria de creación jurídica. Una tesis de este tipo fue compartida largamente por los juristas antes de que triunfase, con las grandes codificaciones, el dogma de la plenitud del orden jurídico.

2. *Tres formas de iusnaturalismo*

El iusnaturalismo, como hemos dicho, afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo. Esta superioridad ha sido sostenida, en grandes líneas, de tres maneras que distinguen tres formas típicas de iusnaturalismo: el escolástico, el racionalista moderno y el hobbesiano (no encuentro una denominación mejor para este último).

1. El derecho natural es el conjunto de principios éticos primeros, muy generales, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de las reglas de derecho positivo: este último, según la conocida exposición de santo Tomás, procede de lo que es natural, *per conclusionem*, o *per determinationem*. En esta acepción, el derecho natural es un sistema compuesto de poquísimas normas (según algunos, de una sola norma), que tienen por destinatarios no ya a todos los hombres, sino principalmente a los legisladores. Del hecho de que los destinatarios del derecho natural sean en primer lugar los legisladores, surge la consecuencia de que los súbditos, en algunos casos, están obligados a obedecer incluso las leyes injustas, porque están legítimamente promulgadas.

2. El derecho natural es el conjunto de *dictamina rectae rationis* que proporcionan la materia de la reglamentación, mientras que el derecho positivo es el conjunto de los medios práctico-políticos (como la institución y la organización de un poder coactivo) que determina la forma de aquellas; o, con otras palabras, el primero constituye la parte preceptiva de la regla, aquella que atribuye la calificación normativa a un determinado comportamiento, y el segundo la parte punitiva, aquella que hace efectiva la regla en un mundo que, como el humano, está dominado por

Según la terminología kantiana, que en mi opinión reproduce exactamente este punto de vista, la distinción entre derecho natural y derecho positivo corresponde a la distinción entre derecho preceptivo y derecho perentorio: aquello que cambia en el derecho positivo con respecto al derecho natural no es el contenido, sino los diversos procedimientos utilizados para imponerlo. En esta acepción, el derecho natural es el producto de las relaciones de coexistencia de los individuos fuera del Estado (es decir, en el estado de naturaleza) y tiene, por lo tanto, como destinatarios no solo al legislador sino también a los individuos singulares.

3. El derecho natural es el fundamento o sostén de todo el orden jurídico positivo. A diferencia de lo que ocurre en la teoría precedente, aquí el contenido de la reglamentación está exclusivamente determinado por el legislador humano (el soberano): la función del derecho natural es pura y simplemente la de dar un fundamento de legitimidad al poder del legislador humano, prescribiendo a los súbditos la obediencia a todo aquello que ordena el soberano. En esta concepción, que caracteriza, según mi opinión, la teoría de Hobbes[1], el derecho natural queda reducido a una única norma. En la sociedad de iguales: «Hay que cumplir las promesas»; en la sociedad de desiguales: «Hay que obedecer las órdenes del superior». Como se ve, en esta concepción la ley natural sirve únicamente para poner en movimiento el sistema; pero una vez puesto en marcha, este funciona por sí mismo. La ley natural, así concebida, tiene por destinatarios exclusivamente a los súbditos. Comparándola con la concepción precedente, se invierten aquí los papeles entre el derecho natural y el positivo: aquí el derecho natural hace posible la aplicación del derecho positivo en el sentido de que funda su legitimidad; allí el derecho positivo hace posible la aplicación del derecho natural en el sentido de que asegura su efectividad. En la doctrina kantiana el derecho es enteramente natural, salvo en el mecanismo de la coacción; en la doctrina hobbesiana es enteramente positivo, salvo en el procedimiento de legitimación. Esta segunda concepción representa, también históricamente, el paso del iusnaturalismo al positivismo jurídico.

3. *Tres momentos de la crítica positivista*

La distinción entre las tres principales formas de iusnaturalismo, presentadas en el apartado anterior, permite fijar y retomar los tres principales momentos de la crítica positivista. Cada una de las tres formas de iusna-

1. «En virtud de la ley natural que prohíbe violar los pactos, la ley natural ordena observar todas las leyes civiles» (*De Cive*, XIV, 10) [*Tratado sobre el ciudadano*, ed. de

las pasiones que impiden a la mayoría seguir los dictámenes de la razón.

turalismo representa un modo de afirmar que el derecho positivo depende del derecho natural; los tres principales momentos de la crítica positivista representan las diversas maneras como el derecho natural ha sido desplazado, cuando no totalmente eliminado, de las posiciones en las que se había situado repetidamente.

En contra de la primera posición del iusnaturalismo —aquella tradicional o escolástica, según la cual el derecho natural es el conjunto de los primeros principios éticos— el positivismo jurídico se ha valido de la crítica historicista, que no admite principios éticos evidentes por sí mismo, con valor absoluto y universal. Las pretendidas leyes naturales primarias son meramente formales (como *bonum faciendum, male vitandum)* y por consiguiente pueden ser llenadas con cualquier contenido e interpretadas por cada uno a su manera. Todas las principales corrientes filosóficas del siglo pasado han sido, desde este punto de vista, antiiusnaturalistas, desde el historicismo de derecha al de izquierda, desde el positivismo evolucionista al sociológico, desde el utilitarismo al pragmatismo y hasta el irracionalismo. El positivismo jurídico ha sacado de allí todas las consecuencias, como son: si no hay leyes de conducta universalmente válidas, si las leyes que rigen la vida y la sociedad de los hombres son mutables en el tiempo, no hay otro criterio del bien y del mal que aquel que establece de tanto en tanto la autoridad constituida, el legislador humano, el soberano. Donde son posibles múltiples interpretaciones de las leyes naturales, la interpretación más segura es la que tiene de su lado la aprobación de la historia, que se manifiesta bajo la forma del éxito político (teorías realistas) o de la aprobación de la mayoría (teorías democráticas).

En contra de la segunda forma de iusnaturalismo, la crítica positivista ha venido afirmando cada vez con mayor claridad que no existen materias jurídicas privilegiadas y que, por consiguiente, todo comportamiento puede llegar a ser contenido de una norma jurídica. Lo que hace que una regla de conducta sea una norma jurídica no es que posea este o aquel contenido, sino el modo de su creación o de su ejecución. Todos reconocen aquí las típicas doctrinas positivistas del derecho como mandato del soberano o como norma coactiva: doctrinas cuya característica consiste en desplazar el elemento constitutivo de la noción de derecho, de la materia a la forma de la regla jurídica (de aquí la frecuente identificación de positivismo jurídico y formalismo). En términos kantianos se podría decir que el positivismo jurídico es, en este sentido, aquella doctrina que negando carácter de derecho hasta al derecho provisorio hace de la perentoriedad el carácter esencial del derecho.

La tercera y última posición del iusnaturalismo es aquella que, como hemos visto, atribuye a la ley natural la función de *atlante* del sistema ju-

J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999, pp. 126-127].

posición se encuentra el principio positivista por excelencia de la fundamentación del derecho, no sobre otro derecho (lo que implicaría un regreso *ad infinitum*), sino sobre un hecho, es decir, el principio de efectividad. Aquello que hace que un conjunto de reglas de conducta constituya un orden jurídico en una determinada sociedad no es ya la existencia de un deber de obediencia de sus miembros, derivado de una ley extrapositiva, sino el hecho, el simple hecho, históricamente verificable, de que el orden es obedecido habitualmente por la mayor parte de las personas a quienes se dirige. Cuando algún autor ha querido seguir manteniendo la teoría iusnaturalista de la norma fundamental, esta ha sido transformada, como en la doctrina de Kelsen y sus partidarios, no en una norma igual a todas las demás, sino en una hipótesis científica, o en una norma respecto de la cual no se puede plantear el problema de la validez, como se plantea respecto de las otras normas, toda vez que solo se puede admitir la existencia de ella cuando se verifica su eficacia.

4. *Algo más acerca de las tres formas de positivismo jurídico*

Si observamos ahora atentamente estos tres momentos de la crítica positivista, veremos surgir de cada uno de ellos las tres formas principales en las que se ha presentado históricamente el positivismo jurídico y sobre las cuales he llamado ya la atención, aislando en el vasto y complejo fenómeno del positivismo jurídico unas veces una ideología de la justicia (una ética), otras una teoría general del derecho, y otras un modo de entender la ciencia jurídica (en un sentido muy amplio, un método).

En su primer aspecto, o sea, como ideología, el positivismo jurídico se reduce en último análisis a la afirmación de que las leyes válidas deben ser obedecidas incondicionalmente, esto es, con independencia de su contenido o de que existe una obligación moral de obedecer todas las leyes válidas. Otras veces he llamado a esta posición formalismo ético, definiéndolo sintéticamente como aquella concepción que reduce la justicia a la validez, desde el momento en que considera justas a las leyes por el solo hecho de ser válidas[2]. Aquí me limito a señalar que esta concepción puede ser considerada como una respuesta a la posición escéptica en que algunas veces desemboca la polémica historicista y relativista contra el iusnaturalismo. Donde no existe una ley moral objetiva accesible a la razón *natural* del hombre, puede parecer que el único remedio contra la confusión de los juicios morales, que provoca la violencia y la anarquía, es el sometimiento a la razón *artificial* del soberano

2. «Formalismo giuridico e formalismo etico», en *Studi sulla teoria generale del di-*

rídico positivo, o de norma fundamental del sistema. En contra de esta

(Hobbes), o a la razón histórica que se realiza cada vez en la voluntad general (Rousseau), o en el estado (Hegel).

En el segundo aspecto, en cuanto teoría general del derecho, el positivismo jurídico ha alimentado una corriente particular del pensamiento jurídico, caracterizada por la reducción del derecho a derecho estatal y de este último a los productos del legislador; de aquí deriva la común atribución al derecho, de aquellas características que son propias del derecho legislado del Estado moderno (generalidad, imperatividad, coacción, presunta plenitud). Sin embargo, me parece que esta corriente puede ser iluminada por la apelación al segundo momento de la crítica positivista, es decir, a aquel momento a través del cual se produce un desplazamiento radical desde una consideración material del derecho, propia de un iusnaturalismo extremo, a una consideración meramente instrumental, o sea, a aquella consideración según la cual, lo que caracteriza al derecho no es la naturaleza de la materia reglada sino el conjunto de los procedimientos con los cuales un sector cualquiera de comportamientos humanos puede ser regulado y protegido contra la violación. La teoría formalista del derecho, propia del positivismo jurídico, es, desde este punto de vista, la respuesta a la pretensión del iusnaturalismo racionalista de establecer aquello que es jurídico y aquello que no es jurídico antes de que se hayan realizado aquellas técnicas de organización de la sociedad en las que consiste el Estado, entendido como aparato para la monopolización la fuerza dentro de cierto grupo social.

En su tercer aspecto, el positivismo jurídico es un modo de entender el estudio científico del derecho y, por consiguiente, la misión del jurista. El fin de la ciencia del derecho es considerar el derecho tal como es y no como debería ser. En la base de esta teoría de la ciencia jurídica se encuentra la aceptación de una clara distinción entre validez y valor del derecho, entre las reglas que pueden ser válidas aun sin ser justas (que son las únicas de las que se ocupa la ciencia jurídica) y aquellas que pueden ser justas sin ser válidas; solo las primeras son objeto del estudio científico del derecho. El positivismo jurídico está unido a esta distinción, en cuanto considera al derecho como mero hecho histórico y, por consiguiente, prescinde de toda legitimación ética, o sea, del problema del fundamento que ha sido siempre la verdadera ocupación del iusnaturalismo. Se observa aquí la conexión entre este aspecto del positivismo jurídico y el tercer momento crítico en la oposición del iusnaturalismo, momento en el cual los juristas, esgrimiendo el principio de efectividad, han bloqueado toda investigación del fundamento o de la legitimación ética, que habría abierto la puerta, una vez más, al iusnaturalismo.

No me interesa tanto poner en evidencia la relación entre los diversos momentos de la crítica positivista al iusnaturalismo, y las diversas

nto, Giappichelli, Turín, 1955.

de que la expresión «positivismo jurídico» puede indicar diversas actitudes frente al derecho y tiene significados muy diferentes, según las diversas actitudes a las que se refiere. Si la noción de positivismo jurídico se reduce a aquella doctrina que, en el tradicional conflicto entre derecho natural y derecho positivo, afirma la exclusividad del derecho positivo, esta exclusividad tiene un significado diverso según que se convierta en la base de una ética (o de una ideología política), de una teoría o de un método. En el primer caso significa que el derecho positivo, no el derecho natural, debe determinar la conducta de los hombres; en el segundo caso, que el derecho positivo, no el derecho natural, proporciona la mejor explicación del fenómeno jurídico; en el tercer caso, que el derecho positivo, no el derecho natural, constituye el objeto particular de estudio por parte de la ciencia jurídica.

5. *Relación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico como ideologías*

Después de haber mostrado que existen tres formas diversas de positivismo jurídico, el paso siguiente en esta investigación consiste en mostrar que la relación entre positivismo jurídico y iusnaturalismo se presenta de manera diferente en cada una de las tres diversas formas de modo tan diverso que la sola contraposición, por ser demasiado genérica, puede extraviarnos.

La mera contraposición vale únicamente si es referida a la relación entre positivismo jurídico como ideología y iusnaturalismo como ideología. Aquí la oposición es neta, tan neta que plantea una alternativa. La máxima fundamental del positivismo jurídico como ideología puede formularse de esta manera: «Se debe obedecer las leyes en cuanto tales»; la del iusnaturalismo, de esta otra manera: «Se debe obedecer las leyes solo en tanto son justas». En el primer caso las leyes son ellas mismas criterio de lo justo y de lo injusto; en el segundo, las leyes están a su vez sometidas a un criterio superior de valoración (que se considera obtenible, en la ética iusnaturalista, del conocimiento de la naturaleza humana). En el primer caso se puede hablar de ética legalista, según la cual solo existe lo justo legal; en el segundo caso, de ética naturalista para la que existe también (o únicamente) lo justo natural. Nótese bien que la polémica antipositivista conducida en estos últimos años por el iusnaturalismo renacido y revigorizado es una polémica ideológica, es decir, una polémica en la que aquello que se imputa al positivismo jurídico es cierta toma de posición o, en otras palabras, el paso subrepticio de un determinado método de investigación o de una determinada teoría a la

formas de positivismo jurídico, como llamar la atención sobre el hecho

de los ideales condenables del culto al Estado, de la exaltación del *jefe*, de la despersonalización, etc. No examino aquí el fundamento histórico de atribuir al positivismo jurídico culpas tan nefastas, pero creo que es infundada. Me limito a hacer notar que si se lo considera no como un método o una teoría del derecho, sino como una ideología de la justicia, el iusnaturalismo se presenta aquí no como otro método u otra teoría, sino como otra ideología, y la relación entre uno y otro, en este nivel, es una relación entre dos morales que se excluyen recíprocamente.

Solo quisiera añadir que, aun en este nivel, la contraposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo no es siempre tan clara. Hasta ahora la oposición se presenta así porque hemos tenido presente las versiones más extremas de las dos ideologías. Pero estas versiones extremas existen a menudo solo en la reconstrucción que de ellas hacen los adversarios a fin de obtener un blanco más fácil. En el apartado 5 del capítulo precedente he distinguido entre una versión extrema y una versión moderada de la ideología positivista. Del mismo modo se puede distinguir dos versiones, la extrema y otra moderada de la ideología iusnaturalista, de modo que es posible enumerar, resumiendo, no dos, sino cuatro formas típicas de la ideología de la justicia: *a*) por ideología positivista extrema entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas en tanto tales porque son justas (teoría de la obediencia activa); *b*) por ideología positivista moderada entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas en tanto tales porque la legalidad, por sí misma, garantiza la realización del valor específico del derecho, es decir, el valor del orden o de la paz social (teoría de la obediencia condicionada); *c*) por ideología iusnaturalista extrema entiendo aquella según la cual las leyes deben ser obedecidas solo en tanto son justas y, como no todas las leyes por el solo hecho de ser válidas son también justas, existe en todos los hombres un derecho a la desobediencia (teoría de la desobediencia activa o de la resistencia); *d*) por ideología iusnaturalista moderada entiendo aquella según la cual las leyes pueden ser injustas, pero deben ser igualmente obedecidas, salvo en caso extremo (teoría de la desobediencia condicionada o de la obediencia pasiva). Mientras que es indudable que las dos versiones extremas, más precisamente aquella de la obediencia activa y de la desobediencia activa son antitéticas y constituyen una alternativa, en cambio, las dos versiones moderadas, la de la obediencia condicionada y la de la desobediencia condicionada, son convergentes, y la línea de demarcación entre ideología positivista y iusnaturalista en este plano se desvanece cada vez más. Tanto la teoría positivista moderada —según la cual las leyes deben ser obedecidas porque la obediencia a las leyes tiene por sí misma un valor positivo para el orden social— como la teoría iusnaturalista moderada —según la cual

declaración y exaltación de ciertos ideales que habrían de ser más tar-

peligro el orden social— constituyen ambas un homenaje al valor del orden. Además, ambas conducen a un resultado análogo, que consiste en inducir a la gente a obedecer en la mayor parte de los casos las leyes, aun cuando este ideal se obtiene con medios diversos, unas veces atenuando el rigor del deber de obediencia, otras, poniendo límite al deber de desobediencia y partiendo de presupuestos diversos, ya que para el positivista moderado el orden es un bien por más que no sea el mayor de los bienes, y para el iusnaturalista moderado, un mal menor.

6. *Relación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico en tanto teorías generales del derecho*

De manera distinta se plantea el problema de la relación entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, cuando ambos son tomados en cuenta y contrapuestos no como ideologías, sino como teorías generales del derecho, esto es, como modos de entender y de explicar el fenómeno jurídico. En esta contraposición se trata de la vieja distinción entre una concepción voluntarista (*ratione imperii*) y una racionalista (*imperio rationis*) del derecho. El positivismo jurídico, sostenido por los juristas, no es una exaltación del Estado como fuerza moral, no tiene nada que ver con el culto del Estado; simplemente, es la elaboración teórica —podría decirse la dogmática— del voluntarismo jurídico. Una vez que se ha entendido el derecho como voluntad del soberano, siguen los dogmas de la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y de la norma como imperativo, la invocación a la voluntad tácita para justificar la costumbre, a la voluntad presunta para justificar la expansión del sistema más allá de las normas expresas.

Análogamente, si se considera sin prejuicios la historia del iusnaturalismo, se observa que las doctrinas iusnaturalistas no coinciden siempre —como quieren hacer creer los modernos abogados defensores— con una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona, frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley, de la autonomía frente a la heteronomía. En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad; han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad del régimen de esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes, tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia. Se ha podido demostrar recientemente, con los textos a la vista, que uno de los más en-

las leyes pueden ser desobedecidas solo si la desobediencia no pone en

convencido iusnaturalista[3]. Invirtiendo las perspectivas y las pretensiones de los modernos restauradores del derecho natural, que exaltan sus servicios en favor de la causa de la libertad, Pietro Piovani ha escrito un libro donde sostiene precisamente lo contrario, esto es, que el iusnaturalismo ha sido siempre —y no puede no ser, por su naturaleza, nada más que— una ética de la ley contrapuesta a la ética de la libertad, y, en tanto tal, ha de ser considerado de una vez para siempre y sin posibilidad de apelación como la verdadera rama seca de la filosofía del derecho[4].

¿Cómo se explican interpretaciones tan diversas y opuestas? Y en especial, ¿cómo se explica que unas y otras sigan llamándose iusnaturalistas?[5]. En mi opinión esto se explica de una sola manera: dándose cuenta de que aquello que une las doctrinas opuestas que han sido llamadas y siguen siendo llamadas iusnaturalistas no es una moral o una ideología de la justicia (hemos visto que las morales predicadas bajo la etiqueta de las leyes de la naturaleza son muy diversas), sino una *teoría de la moral* (o del derecho), es decir, aquella teoría según la cual el fundamento de las reglas de conducta humana no ha de buscarse en la voluntad del legislador (divino y humano), entidad por esencia mutable, sino en la naturaleza humana, constante, uniforme, eterna. El iusnaturalismo es uno de los modos recurrentes como se presenta una teoría objetivista de la ética. Se comprende que quien busca una ética común a todos los iusnaturalistas no logre encontrarla y al no lograrlo se envuelva en la confusión de las distinciones entre verdaderos y falsos iusnaturalistas, entre iusnaturalismo genuino y iusnaturalismo aparente. Pero esto sucede porque trata de interpretar el iusnaturalismo como aquello que no es, es decir —lo repito—, como un determinado sistema de valores y de prescripciones, siendo que es un conjunto de consideraciones más o menos realistas acerca de la naturaleza humana, destinadas a fundamentar objetivamente un sistema de valores, cualquiera que sea este. Quien se dé, finalmente, cuenta de que el iusnaturalismo no es una determinada moral (como podría serlo, digamos, el cristianismo, el hedonismo, el utilitarismo, el marxismo), sino un modo de fundar la moral (cualquier moral), no experimentará ninguna sorpresa al saber que Burke era un

3. Esto se ha podido demostrar, se entiende, distinguiendo claramente dos direcciones iusnaturalistas, la clásica y escolástica, de la que habría sido partidario Burke, y la de la Ilustración, de la que eran partidarios los aborrecidos doctrinarios de la revolución. Y, sin embargo, los unos y los otros invocaban la misma entidad, la complaciente naturaleza. Me refiero al libro de P. J. Stanlis, *Edmund Burke and the natural law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1958.

4. P. Piovani, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari, 1961.

5. Esta misma pregunta se plantea Fassò en el estudio «Che cosa intendiamo con diritto naturale?»: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* XV (1961), pp. 168-190, a

carnizados adversarios del derecho natural, Burke, era en realidad un

convencido defensor de las leyes naturales, lo mismo que sus adversarios, y no se verá por tanto obligado a valerse de categorías historiográficas falsas como las que distinguen entre iusnaturalismo falso y verdadero; habrá comprendido además que tanto Burke como sus adversarios tenían en común la creencia de que el argumento más válido para sostener la propia ideología era presentarla como la única fundamentada —a diferencia de todas las demás— en la naturaleza del hombre. A esta altura podríamos muy bien decir suspirando: «¡Oh, naturaleza del hombre, cuántas cosas has podido justificar!». Pero con esto iniciamos una crítica que deja perfectamente intacta la validez de la interpretación.

De la fundamentación iusnaturalista del derecho derivan normalmente algunas tesis sobre aspectos principales de la experiencia jurídica que están en clara oposición con las respectivas tesis positivistas: las leyes de la conducta no como mandatos sino como *dictamina rectae rationis*[6], la naturaleza de las cosas, y no la legislación, como fuente principal de creación jurídica; la inadecuación y, por consiguiente, la insuficiencia intrínseca del orden jurídico positivo; la libre búsqueda del derecho más allá del derecho positivo, por parte del juez, para integrar, adaptar y mejorar el ordenamiento puesto. Pero los iusnaturalistas no han desarrollado sistemáticamente dichas tesis. Han sido retomadas por las corrientes sociológicas y realistas del derecho que pueden ser consideradas desde cierto punto de vista como una forma de iusnaturalismo modernizado. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico, en tanto teorías, están bien lejos de agotar todo el posible campo de las teorías del derecho. Representan dos polos extremos entre los que hay lugar para teorías intermedias.

7. *Relación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico como modos diversos de aproximarse al estudio del derecho*

Por último, analicemos la contraposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo cuando se parte de la consideración del positivismo jurídico como un modo de aproximarse al estudio del derecho, y en especial como aquel modo que, prescindiendo de todo juicio de valor, se dirige al derecho como hecho histórico y social y lo estudia con método científico. Solo en esta acepción el positivismo jurídico tiene algo en común con el positivismo filosófico: se puede decir, en realidad, que lo propio del positivismo jurídico en esta acepción es la adopción del mé-

6. Sobre este y otros puntos del iusnaturalismo como teoría general del derecho ha vuelto a llamar la atención de manera particular A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina del*

propósito de recientes «elevaciones» de los iusnaturalistas con el iusfascismo, y responde con una exhortación a la claridad terminológica, que lo es también a la honestidad intelectual.

todo *positivo* para el estudio del derecho *positivo*. En esta frase el término «positivo» aparece dos veces, la primera en el sentido de positivismo filosófico, la segunda en el sentido de positivismo jurídico.

Frente al positivismo jurídico así entendido, la exigencia iusnaturalista se hace valer de una manera diferente a las examinadas en los dos apartados precedentes. En el primer contexto examinado, el iusnaturalismo se manifestaba como la exigencia de contraponer a una ética de la legalidad estricta (*dura lex sed lex*) una ética de la justicia; en el segundo, como la exigencia de hacer derivar el conocimiento del derecho de una entidad constante, tal como la naturaleza, más que de una entidad variable históricamente, como la voluntad del legislador. En este nuevo contexto, por el contrario, el iusnaturalismo se manifiesta como exigencia de una definición valorativa del derecho, esto es, de una definición que, considerando al derecho no como mero hecho, sino como algo que tiene (o realiza) un valor, limite el uso del término derecho al derecho justo. Si en el primer contexto el iusnaturalismo se presenta como un motivo polémico en contra del formalismo ético, en el segundo se presenta más bien contra el formalismo científico, aquí la polémica está dirigida contra el formalismo jurídico, o sea, contra la pretensión francamente positivista-jurídica de distinguir al derecho del no derecho sin hacer ninguna referencia al contenido de las reglas jurídicas: como se ve, la insistencia antiformalista del iusnaturalismo actúa sobre tres planos diversos que conviene mantener separados. En otras palabras, esta última contraposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se refiere a la disputa acerca de si conviene introducir en la definición del derecho una referencia al fin (el bien común, la justicia, la paz, etc.) o si es preferible definir el derecho mediante la referencia a los procedimientos, susceptibles de descripción fáctica, mediante los cuales es producido y se hace valer. Es indudable que el *approach* del positivismo jurídico está caracterizado y condicionado por este segundo tipo de definición; y del mismo modo, que este *approach* es el que permite que la ciencia jurídica se presente como no valorativa, característica de la que el jurista hace gala cuando quiere mostrar que es un científico como todos los demás.

Con particular referencia al problema del carácter no valorativo de la ciencia jurídica, la insistencia iusnaturalista se hace valer a veces de un modo más genérico, bajo la forma de la recurrente exigencia de una «crítica de las leyes». Ha sido observado —en mi opinión con razón— que, después de haber expulsado al derecho natural de todas las posiciones tradicionales, ningún jurista puede sensatamente rechazar la exigencia de una crítica de las leyes, de la que ha sido portador históricamente el iusnaturalismo en sus diversas formas, entendida esta crítica

diritto naturale, Edizioni di Comunità, Milán, 1958, pp. 84 ss. [*Derecho natural*, Aguilar, Madrid, 1968, pp. 102 ss.].

precepto que se presente como algo querido por otro, pero todavía no por nosotros»[7]. Desde este punto de vista, el iusnaturalismo, con respecto al positivismo jurídico, no es otra cosa que una invitación dirigida al jurista para que tenga en cuenta que frente al derecho, como frente a todo fenómeno del mundo humano, se puede adoptar, además de la actitud del investigador escrupuloso, imparcial, metódico, también la actitud valorativa del crítico, y que del ejercicio de esta segunda actividad dependen el cambio, la transformación y la evolución del derecho. Aquello sobre lo que aún querrá insistir el positivista será que la crítica de las leyes es diferente de la ciencia jurídica, porque no puede ser practicada con el mismo rigor, no puede ser «ciencia». Pero ningún jurista será tan limitado como para sostener que frente al derecho no hay otra actitud posible que la de la neutralidad propia del científico. En la literatura jurídica se distinguen las consideraciones *de iure condito* de las *de iure condendo* o de política legislativa. Los problemas, en modo alguno ociosos, que esta última suscita no se refieren en realidad a su posibilidad o a su oportunidad, sino a su cientificidad. Queda por observar que la insistencia en la crítica de las leyes no tiene ninguna vinculación necesaria con la pretensión de dar una definición valorativa del derecho —de lo que hemos ya hablado al comienzo de este apartado— aun cuando ambas se presenten como dos formas del *approach* iusnaturalista a la experiencia jurídica: una cosa es decir, como se debe decir si se adopta una definición valorativa del derecho, que no existe otro derecho que el justo; otra cosa es decir que el derecho debe ser, además de investigado como hecho, aprobado o desaprobado sobre la base de determinados valores aceptados como criterios de valoración. Veremos enseguida la importancia de esta distinción.

8. *Conclusiones*

Si ahora resumimos la exposición de las tres formas bajo las que consideramos que se han presentado históricamente las relaciones entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, observamos que en estas tres formas uno y otro se comportan recíprocamente de manera muy diferente.

En la medida en que se presentan como dos diversas ideologías de la justicia, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son incompatibles (en su forma extrema); además representan una alternativa frente a la cual no es posible dejar de elegir. Tienden pues a comportarse como dos

7. A. E. Cammarata, «Giusnaturalismo e critica delle leggi in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità», *Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto* (R. Università

ca «como el filtro al que la conciencia no puede dejar de someter todo

proposiciones contradictorias que no pueden ser ambas aceptadas o ambas rechazadas.

Cuando se presentan como dos diversas teorías generales del derecho, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son también incompatibles, en el sentido de que no se puede sostener simultáneamente la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo y la exclusividad del derecho positivo. Pero tienden a comportarse más bien como dos proposiciones contrarias que no pueden ser aceptadas a la vez aunque puedan ser rechazadas ambas: una teoría, por ejemplo, que sostuviese que el derecho natural y el derecho positivo son dos *species* del *genus* derecho no sería iusnaturalista ni positivista, sino un *tertium quid* entre los dos extremos.

Finalmente, cuando se presentan como dos formas diferentes de aproximarse a la experiencia jurídica, el modo de la toma de posición y el modo de la toma de conocimiento, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico son perfectamente compatibles ya que operan sobre dos planos diversos, por un lado el de la valoración de la justicia de las leyes con miras a su reforma, por otro el de la interpretación de las leyes con miras a una mejor sistematización teórica y, por consiguiente, una mejor aplicación práctica: en este caso la controversia entre los partidarios de una y otra posición es totalmente estéril.

Como mucho, se puede agregar que así como en esta tercera situación es posible comprobar una relación de conflicto cuando se entiende —como hemos hecho notar en el apartado precedente— la insistencia iusnaturalista como exigencia de una definición valorativa del derecho, así también en la primera situación (oposición entre las dos ideologías), es posible comprobar una relación de convergencia, en donde se encuentran el iusnaturalismo moderado y el positivismo moderado. Ello es una confirmación ulterior del tema principal de este trabajo, o sea que las relaciones entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico —entre estos, por así decir, enemigos fraternales— son muy variadas y complejas. Se podría decir de forma graciosa que, cuando se enfrentan como ideologías, son enemigos pero no hermanos; cuando se enfrentan como teorías, no son ni hermanos ni enemigos; cuando se enfrentan como modos diversos de acercarse a la experiencia jurídica, son hermanos y no enemigos.

Si volvemos ahora al punto de partida, es decir, a las definiciones de iusnaturalismo y de positivismo jurídico, dadas en el apartado primero, llegamos a comprender mejor los diversos significados que toman —en las tres diversas zonas de encuentro y desencuentro, examinadas en los tres apartados precedentes y resumidas en este— la mencionada superioridad del derecho natural, característico del iusnaturalismo, y la mencionada exclusividad del derecho positivo, característica del positi-

sobre la justicia la «justa». Boletín del Instituto de Filosofía del derecho (R. Università di Roma), II (1941), n. 1, p. 13.

derecho natural significa que existen reglas de conducta cuya validez es fundamento de la validez de las reglas de derecho positivo y, en cuanto tales, deben ser obedecidas con preferencia estas últimas. En el plano de la relación teórica, la superioridad del derecho natural significa que el recurrir a la naturaleza antes que a la voluntad del legislador ofrece una explicación más adecuada del fenómeno jurídico y una base más sólida para construir una teoría general del derecho. En el plano metodológico, la superioridad del derecho natural significa que si junto al estudio científico no valorativo del derecho se da cabida a la llamada crítica de las leyes, el mejor modo de llevarla a cabo es valerse de las sugerencias que provienen de la tradición del derecho natural. Análogamente, la exclusividad del derecho positivo significa, en el primer caso, que se debe obedecer incondicionalmente las leyes que establece el legislador porque no existen otras superiores a ellas; en el segundo caso, que el derecho natural no es una forma de derecho que se pueda colocar a la par de las diversas formas de derecho positivo; en el tercero, que el derecho positivo es el único objeto de estudio de la jurisprudencia como ciencia.

Uno de los fines —y por cierto, no el último— de este estudio, que muestra la variedad y complejidad de las relaciones entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, era recomendar de ahora en adelante cierta cautela en la atribución a este o a aquel autor del mérito (o del demérito) de ser iusnaturalista o positivista. Como ha mostrado Cattaneo en su estudio sobre el positivismo jurídico en Inglaterra[8], en autores que eran considerados como representantes típicos de la tradición positivista, se descubre —cuando se hacen las debidas distinciones— que en ciertos aspectos son iusnaturalistas o que formulan las mismas exigencias que los iusnaturalistas. Creo que el modo más prudente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es iusnaturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela, «... depende». Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y iusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.

visismo jurídico. En el plano de la relación ideológica, la superioridad del

Apéndice

OTRAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL POSITIVISMO JURÍDICO*

La mayor parte de los juristas del último siglo, por lo menos en Europa, han sido positivistas sin saberlo. Se comenzó a hablar de una corriente más o menos definida de «positivismo jurídico» cuando ya los primeros opositores la daban como terminada o agotada. Después, con el renacimiento del iusnaturalismo, se ha hecho sentir cada vez con mayor intensidad la necesidad de limitar históricamente y definir conceptualmente la corriente opuesta del «positivismo jurídico»: en la disputa entre atacantes y defensores hay que saber, por un lado, qué es lo que se quiere destruir y, por otro, qué se quiere conservar. Desde hace unos años el positivismo jurídico —como en otras épocas el iusnaturalismo— se ha transformado en objeto de investigación histórica y de reflexión crítica. Limitándonos, por ahora, a lo que ha sucedido en Italia, se podría comenzar la fase de reflexión con el estudio de Francesco Carnelutti, «Bilancio del positivismo giuridico», publicado en 1951[1]. Pero el primer estudio donde se ha encarado directamente el problema, desarrollando un análisis histórico y dogmático del positivismo jurídico con el objeto de obtener una redefinición de la noción de «derecho positivo», ha sido el de Roberto Ago, «Diritto positivo e diritto internazionale», publicado en 1957 y que ya ha sido ampliamente discutido[2]. A finales de 1959 un estudioso de la nueva generación publicaba una monografía completa (la primera en su género) sobre el pensamiento de John Austin y sobre

* Traducción de Ernesto Garzón Valdés.

1. F. Carnelutti, «Bilancio del positivismo giuridico», primeramente en *Rivista trimestrale di diritto pubblico* I (1951), pp. 281-300, ahora también en *Discorsi intorno al diritto*, Padua, 1953, II, pp. 241-261.

8. M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese (Hobbes, Bentham, Austin)*, Giuffrè, Milán, 1962. El siguiente apéndice está dedicado al análisis crítico de este libro.

los orígenes del positivismo jurídico[3]. Cuando en septiembre de 1960 se reunió en Bellagio un pequeño grupo de viejos y jóvenes filósofos del derecho, italianos y extranjeros, para discutir *point to point* la noción y la historia del positivismo jurídico, el tema había sido llevado al punto justo de cocción como para ser servido en un banquete de *gourmets* —aun cuando después el convite, tal vez demasiado abundante, terminó por saciar aun a los más sobrios—[4]. El artículo publicado por mí, «Sul positivismo giuridico», surgió a raíz de aquel encuentro[5]. Y ahora se ha publicado, fruto mucho más conspicuo, nacido también en parte de aquella discusión (aunque madurado en otras partes), un buen libro de uno de los más jóvenes participantes de la reunión, M. A. Cattaneo, que se propone —como lo dice claramente después de las primeras frases— «contribuir al esclarecimiento de las discusiones filosófico-jurídicas relativas al problema de las relaciones entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, y, en particular, al esclarecimiento y a una mejor y más precisa determinación del concepto de positivismo jurídico»[6].

La obra tiene ante todo el mérito de haber sido presentada con un esquema muy claro. Partiendo de la observación metodológicamente correcta de que la expresión «positivismo jurídico» ha tenido a lo largo de su devenir histórico muchos significados, y que, por consiguiente, toda discusión acerca de las relaciones entre iusnaturalismo y positivismo jurídico y toda interpretación relativa a la afiliación de este o aquel escritor a una u otra corriente presuponen la dilucidación de los diversos significados de las expresiones con las que aquellas corrientes son designadas, el autor se propone en primer lugar precisar los significados de positivismo jurídico que le parecen más importantes, para establecer, en segundo lugar, en cuál de esos sentidos los escritores estudiados (Hobbes, Bentham, Austin) —presentado el primero como el precursor, el segundo como el iniciador y el tercero como el constructor del positivismo jurídico en Inglaterra— pueden ser denominados verdaderamente positivistas.

En este apéndice pretendo ocuparme no ya de la interpretación histórica dada por Cattaneo acerca de los tres autores, sino exclusivamente de la interpretación de la noción de positivismo jurídico y de los diver-

3. A. Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, Istituto di Scienze Politiche dell'Università di Torino, Giappichelli, Turín, 1959.

4. Una amplia y colorida crónica de estos debates puede leerse en el ensayo de dos participantes, R. A. Falk y S. I. Shuman, «Un coloquio sul positivismo giuridico»: *Rivista di diritto civile* VII (1961), pp. 542-557.

5. «Sul positivismo giuridico»: *Rivista di filosofia* LII (1961), pp. 14-34. Este trabajo, con algunas modificaciones, constituye el capítulo II de este libro.

6. M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese (Hobbes, Bentham, Austin)*,

2. R. Ago, «Diritto positivo e diritto internazionale», en *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, Giuffrè, Milán 1957, I, p. 3-65.

sos significados que se le atribuyen. Y hago esto con el fin de mostrar los puntos de convergencia y de divergencia con respecto a las consideraciones en torno del positivismo jurídico expuestas por mí en el artículo citado, y, eventualmente, de promover una discusión sobre los puntos de divergencia.

Cattaneo distingue, como lo he hecho yo (¿es siempre verdad que el tres es el número filosófico por excelencia?), tres significados de positivismo jurídico. Al hacer esta distinción parte de un trabajo de Ch. Eisenmann, en el que el autor, al plantear el problema de la influencia del derecho natural sobre la actividad del jurista, distinguía tres momentos de esta actividad: 1) el conocimiento del derecho positivo; 2) la aplicación del derecho positivo a los casos controvertidos; 3) la creación legislativa; en otras palabras, la obra del jurista en cuanto científico del derecho, en cuanto juez y en cuanto legislador[7]. Análogamente, Cattaneo ha considerado conveniente plantear el problema de los diversos significados de positivismo jurídico refiriéndose a las consecuencias que suelen verificarse según que se considere la influencia del positivismo jurídico sobre la obra del jurista del juez o del legislador.

Si tuviera que comenzar con una primera observación, completamente marginal, diría que la analogía entre el punto de partida de Eisenmann y el de Cattaneo es más bien frágil. En su trabajo, leído en un simposio sobre derecho natural, Eisenmann planteó el problema del papel que desempeña el derecho natural en las respectivas actividades del jurista, del juez y del legislador, excluyéndolo en el primer caso, admitiéndolo y excluyéndolo según las circunstancias en el segundo, admitiéndolo libremente en el tercero. Cattaneo, por el contrario, se plantea el problema no tanto del lugar que ocupa el derecho positivo en las respectivas actividades del jurista, del juez y del legislador, sino más bien de las consecuencias que implica la aceptación del positivismo jurídico en estos tres momentos de la actividad jurídica. Parece pues que Cattaneo no toma de Eisenmann otra idea que la de los tres planos de la investigación, aun cuando considera como uno de los problemas fundamentales un cuarto problema, relativo al plano del ciudadano, que Eisenmann no había tocado. Por lo tanto, dejando de lado la relación con Eisenmann, que en lugar de aclarar más bien oscurece las cosas, creo que es conveniente presentar el estudio de Cattaneo como un análisis de las actitudes específicas que el positivismo jurídico sugiere, respectivamente, a aquellos que hacen de las normas jurídicas objeto de investigación, a aquellos que son los destinatarios de las normas jurídicas, o sea, que deben aplicarlas (los ciudadanos y los jueces), a aquellos que tienen la misión de crear normas jurídicas (los

Giuffrè, Milán, 1962, p. III. [Las referencias a las páginas de esta edición aparecen en el cuerpo del texto entre paréntesis].

legisladores en el sentido más amplio de la palabra). Estas actitudes pueden resumirse de la siguiente manera: 1) en el plano del conocimiento, el positivismo jurídico se presenta como aquella teoría que distingue el estudio del derecho que es del estudio del derecho que debe ser, e invita al jurista a considerar como derecho aquello que efectivamente es practicado en una sociedad, independientemente del hecho de que sea moralmente valioso; 2) en el plano de la aplicación, el positivismo jurídico se presenta como aquella teoría que «afirma la existencia de un deber de fidelidad y de obediencia al derecho positivo independientemente del, o aun a costa del, deber de obediencia a las normas morales» (p. 21), e invita al ciudadano y al juez a obedecer incondicionalmente las leyes en tanto tales; 3) en el plano de la producción jurídica, el positivismo jurídico se presenta como aquella teoría que niega que haya modelos absolutos de conducta que puedan inspirar al legislador, o sea, niega, en otras palabras, «la posibilidad de conocer y determinar racional y objetivamente los valores» (p. 31) y coincide, para decirlo brevemente, con el relativismo ético. No querría forzar la exposición de estos tres momentos, tal como ha sido formulada por Cattaneo, pero me parece que se podría expresar también de esta manera: 1) en el primer sentido se entiende por positivismo jurídico la propuesta de un método para estudiar el derecho, o mejor, un cierto tipo de *approach* al estudio del derecho; 2) en el segundo sentido, el positivismo jurídico es lisa y llanamente una ideología, o sea, la propuesta de un criterio para distinguir el bien del mal, lo que se debe hacer de lo que no se debe hacer, y si la palabra «ideología» no gusta, podemos decir que en este sentido el positivismo jurídico es un tipo de moral; 3) en el tercer sentido, el positivismo jurídico es, o mejor, va acompañado por, o está fundado en, una teoría filosófica, especialmente en aquella teoría moral conocida con el nombre de relativismo ético.

Las observaciones que entiendo pueden hacerse a esta división tripartita son dos. La primera se refiere al tercer aspecto considerado por Cattaneo que, en mi opinión, no se encuentra en el mismo plano que los otros dos; la segunda se refiere a la falta de un aspecto que creo es característico del positivismo jurídico, además de los dos primeros, más aun, que es el más característico y que no ha sido considerado por Cattaneo. En otros términos, la primera observación trataría de poner de manifiesto que en aquella división tripartita hay algo que sobra; la segunda, que hay en ella algo que falta.

Que el tercer aspecto de la división tripartita propuesta por Cattaneo —el positivismo jurídico coincide con el relativismo ético— no se encuentra en el mismo plano que los otros dos, puede mostrarse de la siguiente manera. Es lícito decir que en el primer aspecto, el positivismo

7. Ch. Eisenmann, «Le juriste et le droit naturel», en *Le droit naturel*, Institut International de Philosophie politique, PUF, Paris, 1959, pp. 205-229.

es, *en tanto ideología*, la afirmación de que se debe obedecer a las leyes porque son leyes independientemente de su contenido; pero no es lícito decir que, en el tercer aspecto, el positivismo jurídico es, *en tanto filosofía moral*, relativismo ético. Y no es lícito por dos razones: 1) en ninguna de las múltiples acepciones de positivismo jurídico esta expresión es adoptada para indicar una filosofía moral o una teoría de la moral (sino, cuando más, una moral, precisamente una moral legalista, conforme al segundo significado); habrá que decir más correctamente que aquella particular filosofía moral (o teoría de la moral) que es el relativismo ético acompaña o a menudo está ligada al positivismo jurídico, o aún más simplemente, que la mayor parte de aquellos que pueden ser considerados como iuspositivistas en el primero y en el segundo significado son también, en lo ético, relativistas; 2) aun admitiendo que por positivismo jurídico, en una de sus múltiples acepciones, se entienda una especie de filosofía moral, esta filosofía moral tiene tan poco de relativismo ético que un buen número de iuspositivistas —en particular precisamente los más grandes representantes de esta corriente en Inglaterra, estudiados por Cattaneo— son partidarios de una filosofía moral objetivista (el utilitarismo) y, por lo tanto, no son relativistas. Habría que decir aquí que una de las razones del interés del libro de Cattaneo para el lector italiano, acostumbrado a través de Kelsen a vincular el positivismo jurídico con el relativismo ético, reside en la presentación de una corriente de pensamiento, como es la del positivismo jurídico inglés, en la que positivismo jurídico y relativismo ético están claramente separados.

Se puede desarrollar el argumento también de esta manera: hablando de los dos primeros aspectos del positivismo jurídico, Cattaneo ha distinguido dos significados de la expresión «positivismo jurídico»; al pasar al tercer aspecto, por el contrario, no ha presentado un tercer significado de positivismo jurídico, sino que se ha limitado a mostrar la concomitancia[8] entre el complejo fenómeno del positivismo jurídico, en todos sus aspectos conocidos, y una filosofía moral, como es el relativismo ético. Mientras que con respecto a las dos primeras formas de positivismo jurídico se puede también afirmar que son dos tipos de positivismo jurídico, no se puede decir, como nuestro autor, que en la coincidencia que, según él, existe entre iuspositivismo y relativismo ético ha encontrado «un tercer tipo de positivismo jurídico» (p. 32), porque eso equi-

8. Kelsen, después de haber dicho que la *Reine Rechtslehre* es *Rechtspositivismus* (en Kelsen la expresión «positivismo jurídico» tiene el primero de los significados expuestos por Cattaneo), añade: «Rechtspositivismus geht Hand in Hand mit Relativismus» [El positivismo jurídico coincide con el relativismo] («Was ist die Reine Rechtslehre?»), en *Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti*, Po-

vale a sostener que el relativismo ético es un tipo de positivismo jurídico. Dicho de otra manera: la práctica constante de la distinción entre el estudio del derecho como es y el estudio del derecho como debe ser (positivismo jurídico en el primer significado), o la creencia de que las leyes deben ser obedecidas en tanto tales (positivismo jurídico en el segundo significado), bastan por sí solas para atribuir a un autor el título de iuspositivista, mientras que la adhesión al relativismo ético no basta por sí sola para considerar a un jurista como partidario del positivismo jurídico. Por consiguiente, la primera y la segunda definición son caracterizaciones suficientes del positivismo jurídico; la tercera es una caracterización insuficiente, y por lo tanto no sirve para definir globalmente, como las otras dos, el fenómeno que se quiere describir, sino, cuando más, uno de sus caracteres —que por otra parte no es esencial o, por lo menos, solo lo es según una interpretación propia del positivismo jurídico en el segundo significado, esto es, en tanto ideología, pero no esencial al positivismo jurídico en el primer significado, o sea, en tanto método—.

Cuando digo que los tres fenómenos descritos por Cattaneo bajo el nombre de tres formas diversas de positivismo jurídico no están situados en un mismo plano, no quiero decir que no tengan nada en común. Obsérvese bien, sin embargo, que lo que tienen en común es su opuesto: son tres modos diversos de cómo se presenta la oposición al iusnaturalismo. La insistencia en la separación entre el derecho como es y el derecho como debe ser, es una forma de oposición a la teoría iusnaturalista que reduce la validez del derecho a la justicia; la afirmación de que las leyes deben ser obedecidas en cuanto tales se opone a la teoría iusnaturalista según la cual existe una obligación moral de obedecer solo a las leyes justas; y finalmente la teoría de la relatividad de los valores es la antítesis más clara de la creencia en la objetividad de los valores, propia del iusnaturalismo en todas sus principales acepciones. Pero del hecho de que las tres sean formas de oposición al iusnaturalismo no se deduce que las mismas sean formas de positivismo jurídico. Si llamamos, según el uso corriente, formas de positivismo jurídico a aquellas en las que al primado del derecho natural se contrapone el primado o mejor la exclusividad del derecho positivo[9], no se comprende por qué razón se puede llamar forma de positivismo jurídico al relativismo ético, que se contrapone al iusnaturalismo no por lo que este afirma acerca del primado del derecho natural, sino por la defensa que hace del carácter absoluto de los valores. El relativismo ético es, en definitiva, una teoría que combate al derecho natural en el plano de la contraposición no ya entre derecho natural y derecho positivo, sino entre valores absolutos y valores relativos.

ygraphischer Verlag A. G., Zurich, 1955, p. 153 [*¿Qué es la teoría pura del derecho?*, Biblioteca de Filosofía del Derecho y Sociología, II, Córdoba, 1958.

Finalmente, aun aceptando el punto de vista del autor, que considera que se pueden definir las diversas formas de positivismo jurídico partiendo del problema de las relaciones entre derecho y moral, ello induce a concluir, me parece, que el tercer tipo de positivismo jurídico es espurio. En realidad, mientras es lícito referirse a la separación entre derecho y moral para ilustrar el primer significado de positivismo jurídico; y es habitual referirse a la confusión entre obligación moral y obligación jurídica para ilustrar el segundo, no se comprende con qué justificación se pueda hablar de separación o de confusión entre derecho y moral cuando se cuestiona la distinción entre objetivismo ético y relativismo ético, que representan dos direcciones diversas de filosofía moral de las cuales, lo más que se puede decir, con respecto al positivismo jurídico, es que los partidarios de este último a menudo sustentan la segunda, pero no la primera.

Con esta primera observación he intentado mostrar que no me parece claramente comprensible un tercer significado de positivismo jurídico en la dirección intentada por Cattaneo. Pasando a la segunda observación, trataré de mostrar que, por el contrario, generalmente se utiliza un tercer significado de positivismo jurídico que Cattaneo ha descuidado. Agregaré que, en mi opinión, es aquel que es mucho más común y relevante en la tradición jurídica continental. Muy probablemente el autor no se ha detenido aquí porque ha examinado exclusivamente la tradición filosófica jurídica inglesa en la cual el significado de positivismo jurídico que prevalece es el que corresponde al primero de los significados expuestos.

Para abreviar, diré que este tercer significado de positivismo jurídico es aquel que en otra oportunidad he llamado positivismo jurídico como *teoría*[10], algo más que un método (primer significado según Cattaneo), algo menos que una ideología (segundo significado). Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella teoría del derecho que en otras épocas[11] ha sido llamada *estatal-legalista* y que está caracterizada por la afirmación de la preeminencia del derecho del Estado sobre el derecho de todo otro ordenamiento, y por la afirmación de la preeminencia de las leyes sobre cualquier otra fuente de derecho. Algo más que un método: en esta acepción, en realidad, positivismo jurídico no significa solo cierto modo de acercarse al estudio del derecho, sino un conjunto complejo y sistemático de afirmaciones alrededor del derecho que se han ido formando en cierto clima intelectual y social, es decir, por influencia de determinadas corrientes filosóficas y de determinados desarrollos históricos. Algo menos que una ideología: la teoría estatal-

9. Para una definición de iusnaturalismo y de positivismo jurídico, que puede aclarar este punto, remito al capítulo anterior.

legalista representa pura y simplemente una reconstrucción conceptual de ciertos fenómenos históricamente relevantes (entre ellos, el más importante de todos —y frente al cual hubiese sido un desatino dejarlo pasar inadvertido— la monopolización de la creación del derecho por parte del Estado), y no implica ni una exaltación del Estado como órgano de la eticidad ni la afirmación de que las leyes del Estado deban ser obedecidas en tanto tales.

En un reciente curso universitario[12] he creído poder indicar algunos caracteres recurrentes de la teoría positivista del derecho, en relación con los siguientes puntos: 1) la definición del derecho; 2) la teoría de la norma jurídica; 3) la teoría de las fuentes del derecho; 4) la teoría del ordenamiento jurídico; 5) la teoría de la interpretación y de la ciencia jurídica. Aquí los retomo con algunas precisiones. Por lo que respecta a la definición del derecho, es característica de la teoría positivista una concepción voluntarista del derecho (*stat pro ratione voluntas*), y una identificación de la voluntad creadora del derecho con la voluntad del soberano político (en definitiva, una reducción total del derecho al derecho estatal, vinculada con la aludida importancia de la monopolización de la producción jurídica por parte del Estado). Por lo que respecta a la concepción de la norma jurídica, el positivismo jurídico ha sido a menudo identificado (a partir de Austin y tal vez por influencia suya) con el imperativismo (las normas jurídicas son mandatos). La teoría de las fuentes del positivismo jurídico está caracterizada por la sobreestimación de la ley y la subestimación del derecho consuetudinario y del derecho judicial. Con referencia al conjunto de las normas de un sistema jurídico dado, al que se ha atribuido el nombre de orden jurídico, el positivismo jurídico ha elaborado y definido estrictamente el llamado dogma de la plenitud (ausencia de lagunas) y en forma secundaria, también el de la coherencia (ausencia de antinomias). Finalmente, la teoría de la interpretación característica del positivismo jurídico es aquella según la cual la tarea primera del jurista o del juez es la de declarar el derecho preexistente y no la de crear reglas nuevas, y el método de la interpretación está constituido preferentemente por operaciones lógicas. No quiero decir que una teoría deba contener todos estos puntos para que pueda ser considerada como positivista. Me limito a decir que las teorías que suelen llamarse positivistas contienen a menudo más de uno de ellos. Por otra parte, existe entre estos puntos una cierta conexión, aun cuando de hecho no sea siempre reconocida y no se extraigan siempre de ella las debidas consecuencias. De la afirmación de que el derecho es la expresión de una voluntad dominante, se deduce la teoría que

10. «Sul positivismo giuridico», cit., pp. 18-20; *supra*, pp. 122-124.
11. *La consuetudine come fatto normativo*, CEDAM, Padua, 1942, p. 3.

ve en el positivismo jurídico exclusivamente mandatos; la consideración de la norma jurídica como mandato o imperativo conduce a subestimar las fuentes del derecho que mal pueden ser definidas en términos de mandato, tales como el derecho consuetudinario y el derecho científico, y a dar la palma al derecho legislativo, y subordinadamente también al derecho judicial, relegado a derecho secundario por el dogma de la omnipotencia del legislador. A su vez, el dogma de la omnipotencia del legislador funda la plenitud y la coherencia del sistema; y la plenitud y la coherencia del sistema son uno de los presupuestos para la teoría del juez autómata y, más en general, para la consideración de la actividad del intérprete como actividad esencialmente lógica.

Si se me pregunta de dónde he sacado estas características, responderé que surgen con bastante claridad de la literatura polémica, esto es, de aquellos escritores que por un flanco u otro han combatido el positivismo jurídico y que, para combatirlo, han debido de una u otra manera afinar la puntería y precisar el blanco. Para recoger todos los aspectos del positivismo jurídico hay que tomar en consideración no solo la literatura polémica de la parte iusnaturalista, sino también aquella que proviene de las corrientes realistas y sociológicas —en general antiformalistas y antinormativistas—. Naturalmente no es necesario limitar el estudio del positivismo jurídico, como parece haber querido hacer Cattaneo, tomando como único punto de vista el problema de la distinción entre derecho y moral; este problema permite aprehender la distinción entre derecho positivo y derecho natural, pero no aquella sobre la que han insistido todas las corrientes antipositivistas, es decir, la distinción entre una visión restringida (formalista) y una visión amplia (realista) del derecho positivo.

Si se quisiera aducir algunos testimonios se podría comenzar recordando que uno de los mayores y mejores documentos de la batalla antipositivista está representado por la obra de Ehrlich, *Die juristische Logik*, en la que la doctrina combatida es descrita a través de estas tres características:

> La premisa mayor (del juicio jurídico) debe ser siempre una norma jurídica; la norma jurídica debe poder ser siempre referida al Estado y todas las normas jurídicas del derecho vigente constituyen una unidad, lo que coloca al juez totalmente al servicio del autor ideal del sistema, del legislador ficticio que personifica la voluntad colectiva del Estado, que toda decisión judicial debe valer esencialmente como decisión del legislador[13].

12. *Il positivismo giuridico*, ed. de N. Morra, Cooperativa Universitaria, Turín, 1961 [*El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993].

En estas pocas líneas aparecen al menos cuatro de los cinco puntos mencionados más arriba: el carácter estatal del derecho, la plenitud del ordenamiento jurídico, la supremacía de la ley, la interpretación como operación lógica. Para no alargar demasiado la documentación, por otra parte no difícil, nos limitamos a citar un testimonio característico de cada uno de los cinco puntos.

Para la identificación de positivismo jurídico con estatalismo, véase el trabajo ya citado de Ago. Con Austin primeramente, con la doctrina germánica después, «se difunde tan ampliamente aquella dirección de pensamiento que reduce al mismo *positivismo jurídico a un mero voluntarismo estatal*; y se crea aquel mito de la voluntad del Estado como origen único del derecho que tiene raíces profundas en la doctrina de los diversos países»[14]. Con respecto a la identificación de positivismo jurídico y teoría de la norma como mandato, Larenz, después de haberse referido a la teoría que reduce las leyes a un acto de voluntad o a un mandato, comenta, en una nota: «Así solo lo considera el *positivismo*»[15]. La identificación de positivismo jurídico con la supremacía de la ley y con la exaltación de esta supremacía en el «codicismo» constituye el planteamiento de base del balance ya recordado de Carnelutti, en donde por instancia positivista se entiende aquella concepción del derecho, según la cual «el derecho es aquello que se ve, es decir, las leyes que se leen en los códigos o en general en los documentos en que están escritas»[16]. Pero no querría olvidar la autorizada opinión de Hans Welzel, según el cual textualmente: «la doctrina de la omnipotencia del legislador es el característico pecado original del positivismo jurídico»[17]. Positivismo jurídico y plenitud del ordenamiento están juntos en la definición del positivismo jurídico dada por Radbruch: «El positivismo jurídico es aquella tendencia en la ciencia del derecho que, partiendo del derecho positivo, con medios puramente intelectuales, sin un sistema propio de valores, piensa poder encontrar una respuesta a toda pregunta jurídica»[18]. Por lo que respec-

14. R. Ago, «Diritto positivo e diritto internazionale», cit., pp. 46-47.
15. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlín/Gotinga/Heidelberg, 1960, p. 240 [*Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1965].
16. F. Carnelutti, «Bilancio del positivismo giuridico», cit., p. 288.
17. H. Welzel, «Naturrecht und Rechtspositivismus», en *Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag*, Otto Schwartz, Gotinga, 1953, p. 290. [Este trabajo ha sido publicado en H. Welzel, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Biblioteca de Filosofía del derecho y Sociología 5, Córdoba, 1962].
18. G. Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Turín, 1959, p. 183 [*Introducción a la filosofía del derecho*, FCE, México, 1974]. Análogamente F. Wieacker que, después de haber distinguido el positivismo científico del positivismo legislativo, define el primero de esta manera: «Una visión del derecho que dedore todas las

13. E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tubinga, 1918, p. 3 [*Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1969].

ta finalmente la identificación de positivismo jurídico con la teoría del juez autómata habría solo la dificultad de la elección, ya que esta opinión se ha convertido en el lugar común de toda la polémica antipositivista. Consideraremos estas pocas líneas muy precisas de Coing: «El positivismo [...] pone cada vez más de relieve la circunstancia de que el juez está sometido a la ley; ve en el juez el ejecutor de la ley que debe ser aplicada dentro de lo posible, de modo mecánico y sin un examen crítico»[19].

Este positivismo jurídico como teoría podría llamarse «positivismo jurídico en sentido estricto» para distinguirlo sea del positivismo jurídico como método, que podría llamarse «positivismo jurídico en sentido lato» (porque abarca también las teorías realistas del derecho que, respecto de la teoría general del derecho, son antipositivistas) sea del positivismo jurídico como ideología, que podría llamarse más propiamente «positivismo ético». El que al lado del positivismo jurídico en sentido lato y del positivismo ético existan algunos caracteres que distinguen una teoría positivista en sentido estricto no lo desconoce ni siquiera el mismo Cattaneo cuando dice, por ejemplo, que sobre la base de la concepción de la ley como imperativo, Hobbes puede considerarse positivista (p. 48) y lo mismo repite con respecto a Bentham (p. 135); o bien que Hobbes puede ser colocado en los orígenes del positivismo jurídico inglés también por su concepción de la ley como mandato y por la teoría de la soberanía; o aun que es propio del positivismo jurídico sostener que la «tarea del juez consiste solo en la aplicación del derecho y no en su creación» (p. 258). Solo que no ha tratado, por una razón que no resulta clara en la exposición, de extraer los aspectos singulares de esa teoría y hacer de ella una *species* autónoma.

Esta falta ha inducido a Cattaneo a formular juicios históricos que no parecen del todo correctos y lo ha privado de una categoría útil para la interpretación y la clasificación de los mismos autores estudiados. Con respecto al positivismo jurídico continental, por ejemplo, afirma que está caracterizado principalmente, a diferencia del inglés, por la aceptación de la ideología positivista y del relativismo ético (p. 297). Pero, sin excluir que los sostenedores continentales del positivismo jurídico hayan mostrado alguna condescendencia hacia la teoría de la obediencia a la ley en cuanto ley y hayan abrazado a menudo el relativismo ético, es sin embargo, como hemos visto, opinión corriente entre los mismos adversarios que el positivismo jurídico continental se identifica más bien

dicas, esto es, religiosas, ético-sociales (o también iusnaturalistas) o ideológicas (por ejemplo, socialistas) o a finalidad económica o sociológica, es decir, sin darles ninguna importancia para el *ethos*, sino tan solo para la conciencia de jurista» (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga, 1952, p. 253).

normas y las decisiones jurídicas del complejo de conceptos y de las doctrinas de la ciencia jurídica sin atribuir poder de creación o modificación del derecho a valorizaciones extrajurí-

con una teoría particular del derecho, cuyos caracteres hemos analizado brevemente. Por el contrario, con respecto al positivismo jurídico inglés, nuestro autor sostiene que está caracterizado solo por la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Esta caracterización no es equivocada, pero me parece genérica. Los mismos autores estudiados por Cattaneo, Hobbes, Bentham, Austin son en este o en aquel aspecto positivistas en sentido estricto y, por consiguiente, positivistas en *la misma medida en que los juristas continentales* que suelen llamarse positivistas. En Hobbes encontramos una teoría voluntarista del derecho, una teoría imperativista de la ley, una sobrevaloración de las leyes sobre las otras fuentes, una teoría declarativa de la interpretación jurídica; en Bentham, una teoría imperativa del derecho, un verdadero fetichismo de la ley que apunta a un exagerado «codicismo», una crítica insistente del derecho judicial, la exigencia de la plenitud del orden jurídico como condición para eliminar el poder creador del juez; en Austin, una de las concepciones voluntaristas e imperativas del derecho más rigurosas de las hasta entonces sostenidas, y como en Bentham —aunque de otra forma pero con los mismos motivos— el espejismo de la codificación como remedio para el desorden y la arbitrariedad del derecho judicial. En mi opinión, considerar a estos tres autores como positivistas solo por el método empleado (positivismo en sentido amplio) y no también por el tipo de teoría elaborada y defendida (positivismo en sentido estricto) crea dos inconvenientes: en primer lugar no permite ver los nexos estrechos que existen —y que ya han sido destacados, eficazmente— entre positivismo jurídico continental y positivismo jurídico inglés con respecto a la solución dada a algunos de los más importantes problemas de la teoría general del derecho; en segundo lugar, no permite dar el debido relieve a la afinidad específicamente jurídica que existe entre los tres autores (estatalismo, voluntarismo, imperativismo, legalismo, etc.), además de la específicamente filosófica (empirismo, utilitarismo, objetivismo ético, etc.), con la consecuencia de que, desde el punto de vista jurídico, limitada su novedad al tipo de *approach* al estudio del derecho, ellos no se diferencian de todos los juristas, pertenecientes a las escuelas más diversas, desde la histórica a la neorrealista, que han rechazado la confusión entre juicios de hecho y juicios de valor, y que, sin embargo, han polemizado continuamente con teorías del derecho del tipo de las que Hobbes, Bentham y Austin representan típicamente en la historia del pensamiento jurídico.

19. H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1950, p. 246.

Tercera Parte

DEL IUSNATURALISMO

PREMISA

A diferencia de la parte anterior, dedicada al análisis del conflicto entre positivismo jurídico y iusnaturalismo fundamentalmente desde el punto de vista de la primera de estas dos tendencias, esta tercera y última parte considera esta misma contraposición desde el punto de vista de la segunda doctrina.

El primer ensayo contiene una crítica de la noción común de derecho natural: se defiende que el derecho natural no es derecho en el sentido propio de la palabra y no es natural en el sentido de que no deriva de la naturaleza. Esta crítica abre el camino para una interpretación del iusnaturalismo entendido no como una determinada moral, sino como una teoría de la moral, caracterizada por la aceptación de la objetividad de los valores: esta interpretación es objeto del segundo ensayo. El tercer ensayo retoma algunos motivos polémicos de los dos primeros y la clave interpretativa del segundo para examinar críticamente la actual, y afortunada, reaparición del iusnaturalismo para su uso por juristas a través de la teoría de la naturaleza de las cosas como fuente del derecho.

El primero de los dos apéndices remite al primer ensayo, del que se ofrece una confirmación por medio del examen crítico de una obra reciente; el segundo documenta, haciendo referencia a la doctrina italiana, el ensayo sobre la naturaleza de las cosas.

7

ALGUNOS ARGUMENTOS CONTRA EL DERECHO NATURAL*

1. *Planteamiento del problema*

Las viejas y nuevas críticas al derecho natural pueden ser clasificadas a efectos expositivos en dos grupos, según que se refieran al substantivo o al adjetivo, es decir, según que nieguen que el derecho natural es derecho o que el derecho propiamente dicho es natural. Los juristas se han centrado sobre todo en la primera crítica y los filósofos en la segunda.

Yo, que soy filósofo del derecho, quería hablar aquí brevemente de ambas, alegando tres argumentos para cada uno de los grupos.

2. *«Derecho» y «derecho natural»*

Todo el desarrollo de la ciencia jurídica a lo largo del último siglo ha ido acompañado de una constante polémica contra la pretensión del derecho natural de ser derecho en la misma medida que el derecho positivo. Basta con recordar aquí la escuela histórica, Austin, los pandectistas alemanes, la *reine Rechtslehre*, la escuela realista americana (Holmes) o el positivismo jurídico en general. Lo que a los teóricos del derecho natural les podía parecer una monopolización abusiva del derecho, y a los juristas, defendiendo su ciencia, una negación del derecho natural era en realidad —y así lo tenemos que aceptar— un esclarecimiento y una especificación de la noción de derecho o, si se quiere, del uso del término «derecho».

Considero posible resumir el resultado positivo de esta polémica contra el derecho natural en la siguiente proposición: en las expresiones «derecho natural» y «derecho positivo» el término «derecho» es usado en

dos sentidos diferentes. Por consiguiente, si se continúa adoptando este término para designar lo que los juristas consideran como objeto propio de su estudio —y este es ciertamente su uso más corriente, que tiene además tras de sí el peso de la tradición— el llamado derecho positivo o vigente no podrá ser identificado ya, sin generar confusión, con eso que los iusnaturalistas llaman «derecho natural». Por esta razón, el jurista que rehúsa reconocer al derecho natural el carácter de auténtico derecho no se pronuncia sobre si existe o no eso que suele llamarse derecho natural, sino que sencillamente impugna, en caso de que exista, que sea derecho con el mismo título que el derecho positivo. Y, desde este punto de vista, estimo que las objeciones de los juristas son inatacables

Los juristas entienden por derecho un conjunto de reglas de la conducta humana caracterizadas por el hecho de que, en caso de violación, se las hace valer por la fuerza. Deriva de aquí que la obligación jurídica significa el deber de obrar en conformidad con una regla que prevé una consecuencia perjudicial en caso de violación; el derecho subjetivo significa el poder de constreñir directa o indirectamente a aquel que está obligado; y se dice que un orden jurídico existe de hecho cuando el conjunto de reglas viene establecido por un poder que dispone de una fuerza suficiente para obtener su respeto (principio de eficacia). Toda regla de conducta atribuye facultades, poderes y deberes; pero solo la regla de conducta de carácter jurídico, según el uso lingüístico de los juristas, atribuye facultades, poderes y deberes garantizados por un poder coactivo organizado. Ahora bien, lo que falta a la ley natural es precisamente el elemento característico del derecho, es decir, la eficacia. El derecho natural es un derecho desarmado. Nadie niega que sea capaz de expresar una exigencia, una proposición de un derecho futuro, pero mientras no encuentre la fuerza para hacerse valer no es derecho en el sentido corriente de la palabra, es, como mucho, derecho en un sentido equívoco o incluso incorrecto. Todo el mundo sabe que, en la fase actual de desarrollo del derecho internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos no constituye una declaración de derechos, sino de piadosos deseos.

Una constatación histórica de la ambigüedad del término derecho puede observarse considerando la doctrina jurídica kantiana. Kant, como todos los iusnaturalistas, distingue entre el estado de naturaleza regido por leyes naturales y el estado civil regido por el derecho positivo. Pero, dándose cuenta de la diversidad entre los dos estados en relación con el carácter del derecho en vigor en cada uno de ellos, Kant afirma que mientras el primero es un estado provisional, el segundo es perentorio[1]. En

1. *Metaphysik der Sitten*, I, § 9, § 15, que cito según I. Kant, *Scritti politici e di fi-*

* Traducción de Elías Díaz.

algunos pasajes, sin embargo, dando por supuesta la idea de que este carácter perentorio es esencial al derecho, califica al estado de naturaleza como estado no jurídico y lo contrapone, en cuanto único estado jurídico posible, al estado civil[2]. Ello confirma que, según Kant, el derecho natural es un derecho inferior al derecho positivo, hasta el punto de dejar de ser derecho cuando se opone al derecho en sentido riguroso.

3. *El fin del derecho natural*

A un resultado bastante similar se llega considerando no la estructura formal de la regla, sino su fin. La respuesta más general dada en el curso de los siglos a la pregunta de cuál es el fin del derecho consiste en considerar como tal la conservación de la sociedad humana. Pues bien, la teoría del derecho natural nos enseña al menos una cosa con toda certeza y es que el derecho natural no ayuda en modo alguno a alcanzar ese fin. Por derecho natural entienden sus teorizadores el derecho en vigor en el estado de naturaleza. Ahora bien, es doctrina común a todo el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII que el estado de naturaleza es imposible y que lo es precisamente porque las leyes naturales no valen por sí mismas para garantizar a los hombres en sociedad la seguridad de su existencia.

Tómense como ejemplos a Hobbes, a Locke, a Rousseau o a Kant, por no citar sino los grandes nombres. En todos ellos se advertirá la misma preocupación: el estado de naturaleza es aquel que los hombres han tenido que abandonar o por interés o por necesidad histórica o por deber moral. La humanidad ha tenido que abandonar el estado de naturaleza porque es un estado peligroso, imposible o injusto, según los diferentes puntos de vista, un estado que, en definitiva, no conviene al hombre en sociedad, para quien el único estado adecuado es el estado civil. Uno de los caracteres constantes de la literatura sobre el derecho natural es el que yo definiría con la fórmula «quiebra del estado de naturaleza». El estado civil, es decir, el estado en el que las reglas de conducta del hombre en sociedad derivan no de su conformidad con la razón, sino de que dichas reglas están garantizadas por el poder soberano, representa el único estado posible para la vida social del hombre, la salvación del hombre frente a los inconvenientes del estado de naturaleza,

2. Por ejemplo, en el § 41, donde se lee: «El estado no-jurídico (*der nicht-rechtliche Zustand*), es decir, aquel en que no hay justicia distributiva, es el estado natural (*status naturalis*)» (en *Scritti*, cit., p. 492) [trad. cast. cit., p. 136]. Y después, cuando habla de las relaciones entre los estados que son relaciones de derecho natural, dice que «los Estados, considerados en su relación mutua externa (como salvajes sin ley), se encuentran por naturaleza

1. *Metaphysik der Sitten*, I, § 3, y I, 5, que cito según E. Kant, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Turín, 1957, pp. 436-45 [*La metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 71-80].

el refugio seguro y estable contra la libertad desenfrenada del estado de naturaleza.

En un pasaje célebre Hobbes ha enumerado las ventajas que el estado civil posee en relación con el estado de naturaleza[3]. Pufendorf, refiriéndose a este pasaje, concluye: «No hay pues, en mi opinión, medio más eficaz para hacer cesar las quejas del pueblo a propósito de los impuestos con que se le carga y de los abusos en que a veces cae el gobierno, que el de hacerle ver los inconvenientes del estado de naturaleza»[4]. Para Kant, las razones del paso de un estado al otro no son de carácter utilitario sino moral, pero el tema fundamental de la insostenibilidad del estado de naturaleza permanece constante: «Del derecho privado en el estado de naturaleza surge, entonces, el postulado del derecho público: en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar de aquel estado a un estado jurídico, es decir, a un estado de justicia distributiva»[5].

4. *La función del derecho natural*

Es cierto que, una vez reconocida la necesidad del Estado, los iusnaturalistas estimaban que la función del derecho natural no se hallaba completamente agotada y admitían su empleo al menos en tres casos. Cito siguiendo un manual muy extendido en el siglo XVIII, el de Gottfried Achenwall, *Jus naturae in usum auditorum*: ante todo, para decidir las controversias entre los Estados y entre el gobierno y su pueblo; y subsidiariamente para llenar las lagunas del derecho positivo[6].

Yo pregunto: ¿qué filósofo del derecho o qué jurista estaría hoy dispuesto a reconocer como legítimos esos tres usos del derecho natural? El derecho que regula las relaciones entre los Estados ha sido reconocido y elaborado cada vez más como un derecho cuyas fuentes no se diferencian de las fuentes tradicionales del derecho positivo. Por lo que se refiere a las relaciones entre el soberano y los súbditos, la elaboración

3. *De Cive*, X, 1.

4. Tomo la cita de S. Pufendorf, *Principi di diritto naturale*, ed. de N. Bobbio, Turín, 1943, p. 66. El fragmento se encuentra en *De iure naturae et gentium*, II, 2, 2.

5. *Metaphysik der Sitten*, I, 42 [trad. cast. cit., p. 137].

6. G. Achenwall, *Jus naturae in usum auditorum*, Gottingae, sumptibus Victorini Rossingeli, [7]1774, § 2, p. 2: «Qui vero nostro iuri est proprius [idest iuri naturali], eo potissimum redit, ut utile sit: 1) *principaliter* ad dijudicandas actiones [...] et decidendas controversias quum *Gentium* inter se invicem, tum etiam *Imperantium civilium* et *populorum* suorum, quippe qui nullo iure humano adscricti reguntur iure naturali; 2) *subsi-*

del Estado de derecho ha tenido precisamente como fin la extensión de las garantías jurídicas a la mayor parte de estas relaciones, en el curso de un proceso que se podría denominar de reglamentación progresiva de la obligación política. Finalmente, en relación con el tercer supuesto puede afirmarse que una disposición como la del artículo 6 del Código austríaco de 1811 que, en caso de lagunas, remitía a los «principios del derecho natural» (*natürliche Rechtsgrundsätze*), sería considerada como anacrónica en una legislación moderna, en cuanto que la doctrina jurídica hoy predominante tiende a disciplinar los casos no previstos a través de los principios generales deducidos del ordenamiento jurídico positivo tomado en su conjunto. En resumen, si la utilidad del derecho natural no debiera manifestarse más que en los tres supuestos que acabamos de examinar, resultaría que cualquier jurista podría responder hoy tranquilamente diciendo que en verdad el derecho natural ha quedado totalmente fuera de uso a consecuencia de la extensión adquirida por el derecho positivo.

Hay todo lo más un punto en el cual un honrado jurista contemporáneo estaría dispuesto a aceptar la naturaleza como fuente de derecho positivo: serían los casos dudosos o desprovistos de tratamiento jurídico para los que se afirma la posibilidad de encontrar una solución en lo que se denomina la *naturaleza de las cosas*. Ahora bien, ¿este término «naturaleza» tiene aquí el mismo sentido que en la expresión «derecho natural»? Estimo que, al igual que ocurría con la palabra «derecho», se da también una transposición de significados con motivo del paso del lenguaje filosófico al lenguaje jurídico. Para contestar a esta cuestión resultará oportuno enfrentarnos con nuestro segundo problema, es decir, con el relativo a las discusiones surgidas en torno al concepto de «naturaleza».

5. *Muchos significados de «naturaleza»*

Para comprender lo que significa decir que un derecho es natural, haría falta ante todo ponerse de acuerdo sobre la significación del término «naturaleza». Desgraciadamente «naturaleza» es uno de los términos más ambiguos que pueden encontrarse en la historia de la filosofía[7]. Erik Wolf ha enumerado recientemente, a propósito de la expresión «derecho natural», nueve significados de «naturaleza»[8]. Todo el mundo, por otra parte, recuerda las palabras de Rousseau en el prólogo de su *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, donde, preguntándose qué

en un estado no jurídico» (§ 54, p. 535) [trad. cast. cit., p. 182], asumiendo una vez más la asimilación entre el estado natural y un estado anterior a la constitución del estado jurídico.

7. Nicola Abbagnano, en B. Honzel, *La crisi della coscienza europea*, Tu-

diarie vero ad diiudicandas actiones et terminandas lites etiam illorum omnium, qui certo iuri humano subsunt, eo nimirum casu, ubi hoc ius humanum plane deficit, quippe tum, si opus fuerit, ad ius naturale est recurrendum».

debe entenderse por «naturaleza» del hombre, afirma: «No sin sorpresa ni escándalo se advierte el poco acuerdo que reina sobre esta importante materia entre los diversos autores que la han tratado. Entre los grandes autores apenas se encuentran dos que mantengan la misma opinión sobre este punto»[9].

Para comprender la justa perplejidad de Rousseau, basta pensar en algunas disputas famosas: ¿el estado de naturaleza es un estado de paz o un estado de guerra?, se preguntaba Pufendorf polemizando con Hobbes; ¿el instinto natural fundamental es favorable o es contrario a la sociedad? (la respuesta separaba a Hobbes y a Grocio); ¿el hombre natural es débil e inseguro, como decía Pufendorf, o fuerte y seguro, como afirmaba Rousseau?; ¿la ley natural es común a hombres y animales, como mantenía Ulpiano, o no corresponde más que a los seres racionales, como defendía santo Tomás? Piénsese por otra parte en el gran número de opiniones diferentes sobre el contenido de la ley natural fundamental que para Hobbes era la paz, para Cumberland la benevolencia, para Pufendorf la socialidad, para Thomasius la felicidad, para Wolf la perfección y para la doctrina escolástica una simple proposición formal: *bonum faciendum male vitandum*, que se podría llenar con cualquier contenido.

Es preciso confesar que si uno de los ideales de una sociedad jurídicamente constituida es la certeza, en una coexistencia basada sobre los principios del derecho natural es donde reina el máximo de incertidumbre. Si la característica de un régimen tiránico es la arbitrariedad, habría que decir que el regido por el derecho natural es el más tiránico de todos, en cuanto que este gran libro de la naturaleza no suministra criterios generales de valoración y cada cual lee en él a su modo.

6. *Opiniones diferentes entre los iusnaturalistas*

El desacuerdo sobre el punto de partida repercute en las respuestas que los iusnaturalistas dan a la siguiente cuestión: ¿cuáles son los derechos y las instituciones que deben ser consideradas como naturales y cuáles las que no deben serlo? Una lista completa de las opiniones existentes sobre esta materia podría constituir, como se ha observado más de una vez, un tema fascinante para un nuevo elogio de la locura. No existe afirmación alguna sobre la correspondencia con la naturaleza de un determinado derecho a la cual no pueda oponerse el reconocimiento de una correspondencia con un derecho totalmente contrario.

7. Véase algunas citas interesantes en F. Frazaro, *La crisis della coscienza europea*, Turín, 1946, pp. 276 ss. [*La crisis de la conciencia europea*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 224 ss.].
8. *Das Problem der Naturrechtslehre*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1955.

Ni siquiera el derecho de libertad escapa a esta aventura. Los iusnaturalistas modernos consideraron de modo constante la libertad, entendida como independencia, como un derecho natural, hasta que Kant lo convirtió en un derecho natural fundamental[10]. Aristóteles, en cambio, consideraba que la esclavitud era perfectamente natural, porque la naturaleza ha hecho de modo que haya hombres naturalmente dueños y otros naturalmente esclavos[11]. Esta naturaleza es, pues, tan complaciente que permite, por un lado, a los teóricos del Estado liberal exaltar lo natural de la libertad y, por otro, a un filósofo de una sociedad con esclavos justificar lo natural de la esclavitud. Por lo que respecta a la propiedad creo que no se ha resuelto jamás de manera convincente la secular controversia sobre qué es más natural, si el régimen de comunidad de bienes o el que reconoce la propiedad individual. Locke, por ejemplo, había inventado la teoría de que la propiedad privada era natural porque derivaba de un acto natural como es el trabajo[12]; Rousseau, en cambio, inculpa como «verdadero fundador de la sociedad civil» «al primero que habiendo cercado un terreno se le ocurrió decir *esto es mío* y encontró gentes lo suficientemente ingenuas como para creerle»[13]. En este tema, dos tradiciones paralelas y opuestas invocan ambas la ley invencible de la naturaleza: por un lado, el pensamiento liberal-burgués que se manifiesta en las Declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII leerá en el libro de la naturaleza que la propiedad individual es un derecho natural, «inviolable y sagrado»[14]; por otro, el pensamiento del socialismo utópico, desde Campanella a Winstanley o a Morelly, invocará el código de la naturaleza para demostrar que el único régimen que la naturaleza prescribe es el de la comunidad de bienes. Otro problema, el del régimen del matrimonio, institución fundamental de la *societas naturalis* por excelencia que es la familia, dará lugar también a célebres disputas: por ejemplo, la relativa a si la poligamia es o no de derecho natural. El mismo Pufendorf, después de haber expuesto las razones en pro y en contra de la poligamia, se contenta con decir que el matrimonio monogámico es más beneficioso y más honesto, hasta el punto que llega a ser acusado de defender la poligamia y debe justificarse para no ser considerado como impío[15]. Y no es esto todo: el célebre fragmento de Ulpiano sobre el de-

10. *Metaphysik der Sitten*, Primera parte, en *Scritti*, cit., p. 416 [trad. cast. cit., p. 143].
11. *Política*, I, 5.
12. *Two Treatises of Government. Second Treatise*, V [*Segundo tratado sobre el gobierno civil*, trad. de C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1990, p. 56].
13. «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres», segunda parte [trad. cit., p. 248].

9. Prólogo al «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres», en *Del contrato social. Discursos*, trad. de M. Armilio, Alianza, Madrid, [1985, p. 196].

recho natural llega a estimar como institución típica del derecho natural nada menos que la *coniugatio maris et feminae*[16]. Las diferencias entre los doctores a propósito del testamento no fueron menos ásperas: Grocio había afirmado que era una institución de derecho natural[17]; Pufendorf, por el contrario, influido quizás por Hobbes, encuentra que la opinión de Grocio no es convincente, en cuanto que las cosas de las que el individuo es propietario están destinadas para servirle durante su vida, pero no después de su muerte[18]; por su parte, Barbeyrac, comentador de Grocio y de Pufendorf, da la razón al primero y estima que el segundo está equivocado[19]. Con respecto al derecho público, en los *Debates de Putney*, el ala moderada y la radical del ejército revolucionario de Cromwell discutieron si los derechos políticos en la futura constitución deberían pertenecer a todos los ciudadanos o solamente a los propietarios: los *Levellers*, que sostenían la primera tesis, apelaban al derecho natural y decían: «Cada uno de los hombres que han nacido en Inglaterra no puede, y no debe, ni por derecho natural, ni por ley divina, ser excluido de la elección de aquellos hombres encargados de elaborar las leyes bajo las cuales él debe regir su vida»; pero también Ireton, que sostenía la tesis contraria, invocaba el derecho natural y decía: «No me parece que existan suficientes motivos como para afirmar que, por el hecho de haber nacido [en Inglaterra], un hombre tiene el derecho de participar en las tierras y en cada una de las cosas de este país»[20]. Finalmente, con respecto al problema del carácter y extensión de la obligación política, el derecho público europeo se ha dividido de manera permanente en dos campos opuestos, el de los defensores del deber incondicionado de obediencia, incluso a una ley injusta, y el de los defensores del derecho de resistencia: y, una vez más, la ley natural sirve de guía infalible al mismo tiempo a los dos adversarios. Quienes sostenían el deber absoluto de obediencia al Estado decían que, habiéndose impuesto el poder del Estado por ley natural, la violación de una ley del Estado tenía como consecuencia la violación de la ley natural sobre la cual se asentaba el Estado; quienes afirmaban el derecho de resistencia decían que la ley natural que justificaba al Estado no suprimía los derechos naturales individuales y que, en consecuencia, era natural desobedecer a la ley del Estado que no respetaba los derechos individuales.

16. Digesto 1, 1, 3.
17. *De iure belli ac pacis*, II, 6, 14, n. 1.
18. *De iure naturae et gentium*, IV, 10, 4.
19. Véase, en la edición francesa del tratado de Pufendorf, editada por Barbeyrac, el comentario al fragmento citado en la nota anterior y también la nota en el § 1 del mismo capítulo.

14. Art. 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789). *De iure naturae et gentium*, VI, 1, 19.
15. *De iure naturae et gentium*, VI, 1, 19.

7. *La presunta deducción de un juicio de valor a partir de un juicio de hecho*

Esta irreductibilidad de opiniones constituye en verdad un argumento difícil de ser esquivado si tenemos en cuenta que precisamente el concepto de naturaleza, a causa de su validez universal y absoluta, ha pretendido colocarse siempre por encima del derecho positivo, acusando a este por su carácter particular y relativo. No obstante, vamos a admitir aquí la tesis más favorable a los teóricos del derecho natural, o sea la de que, a pesar de las divergencias que existen incluso sobre los puntos fundamentales, se ha logrado llegar a un acuerdo en la distinción de lo que es natural y de lo que no lo es, y que, en consecuencia, se ha llegado a saber que ciertas tendencias del hombre son naturales y que otras no lo son.

Admitido esto, yo no veo, por lo demás, cómo, de la distinción entre lo que es natural y lo que no lo es, podría deducirse un criterio para distinguir lo justo de lo injusto, cosa que en resumidas cuentas, es el objetivo final de toda teoría del derecho natural. Establecer si un cierto acontecimiento es natural representa, o debería representar, un juicio de hecho, derivado de la observación de las cosas que en la realidad ocurren más frecuentemente entre los hombres; hoy se diría que constituye el objeto de la investigación empírica propia de la antropología o de la sociología. Si este mismo acontecimiento debe ser aprobado como justo o condenado como injusto es algo que constituye ya evidentemente un juicio de valor. Ahora bien, ¿resulta posible deducir un juicio de valor a partir de un juicio de hecho? En vano he pedido a los iusnaturalistas una respuesta satisfactoria a esta cuestión; y si debiese dar una respuesta sobre la base de lo que ellos enseñan, dicha respuesta no podría ser sino negativa. En sus libros he observado, en efecto, dos cosas: *a*) que en el paso de la constatación del hecho a la prescripción de una regla, valores no declarados han sido introducidos subrepticiamente; *b*) que a este mismo hecho que se constata, la naturaleza humana por ejemplo, y del que se pretende dar solo una descripción pura y simple, en realidad le ha sido ya atribuido precedentemente un valor positivo.

Como ejemplo del primer procedimiento recordemos a Hobbes, cuando describe el estado de naturaleza como un estado de guerra para derivar en seguida de esta descripción la ley natural fundamental: *pax est quaerenda*[1]. Ahora bien, ¿ha obtenido verdaderamente Hobbes de aquella descripción esta prescripción? En realidad lo que ha hecho es introducir ciertos juicios de valor como los siguientes: «La guerra es un mal» o «La vida es el bien supremo»; y es de estos juicios de valor y no de la constatación del hecho de donde deduce él la ley natural fundamental. Que la paz debe

20. La cita está tomada de la recopilación de libelos políticos de la revolución inglesa, *Puritanismo e libertà*, ed. de V. Gabrieli, Turín, 1957, pp. 72, 69-70 [*Los debates de Putney*, Capitán Swing, Madrid, 2010, pp. 158-161].

ser buscada por todos los medios no es la consecuencia del juicio de hecho que dice: «El estado de naturaleza es un estado de guerra», sino del juicio de valor que afirma: «El estado de guerra es un mal». Por lo que se refiere al segundo procedimiento, dirijámonos a la no menos célebre doctrina de Spinoza, según la cual en la naturaleza cada uno tiene tanto de derecho como tiene de poder, de manera que es justo —porque es natural— que el pez grande se coma al pez chico[22]. Ahora bien, la afirmación de que el derecho se corresponde con el poder natural deriva de la atribución de un valor positivo a la naturaleza, es decir, del juicio de valor según el cual la naturaleza es buena, y todo lo que hace la naturaleza es bueno. Dicho de otra forma, aquella afirmación deriva de la substitución de la significación descriptiva de «naturaleza» —entendida como equivalente de todo lo que ocurre en la realidad— por una significación valorativa, equivalente a que todo lo que ocurre, y por el solo hecho de ocurrir, es ya bueno.

En resumen, cuando el teórico del derecho natural pretende deducir el valor desde el hecho, es decir, lo que debe ocurrir desde lo que de hecho ocurre, lo que hace en realidad es ser víctima de una ilusión: en realidad obtiene un valor de otro valor, o, si se quiere, deduce lo que debe ocurrir de lo que ocurre, únicamente porque ha atribuido ya un valor negativo o positivo a lo que ocurre, transformando un juicio de hecho como «El pez grande se come al chico» en un juicio de valor: «Es malo —o es bueno— que el pez grande se coma al chico». Para afirmar que un cierto acontecimiento es bueno o malo no invoca ya a la naturaleza, sino a un sistema de valores presupuesto a la naturaleza.

La mejor prueba de que el criterio de distinción entre lo que es natural y lo que no lo es no coincide con el criterio de distinción entre lo justo y lo injusto viene dada por la constatación de que el acuerdo en reconocer que una tendencia es natural no ha ocasionado nunca necesariamente el acuerdo de atribuir a esta tendencia un valor positivo o negativo, o, dicho en otros términos, el acuerdo sobre el hecho de que un cierto acontecimiento es natural no implica en modo alguno el acuerdo sobre la bondad de ese acontecimiento. Para Hobbes, por ejemplo, los instintos egoístas eran naturales, pero malos porque engendraban la guerra de todos contra todos. Para Mandeville, por el contrario, estos mismos instintos egoístas eran buenos porque de ellos derivaba el bienestar de la sociedad. Entre un defensor de la propiedad individual y un defensor de la propiedad colectiva puede haber acuerdo sobre los hechos siguientes: *a*) originariamente la propiedad era común; *b*) el instinto de la propiedad es común a todos los hombres. Lo que les opone es el desacuerdo sobre el valor que atribuyen a estos hechos: para el primero, con el pasar del tiempo la comunidad primitiva se habría vuelto injusta; para el segundo, la injusticia habría consistido, por el contrario, en el paso de la comunidad primitiva al régimen de propiedad individual; para el primero, el instinto natural de propiedad trae consigo grandes ventajas; para el segundo, por el contrario, no ocasiona sino inconvenientes. Tanto Hobbes como Pufendorf admiten que, en el estado de naturaleza, los hombres son iguales y que, por lo tanto, la igualdad es un hecho natural; ahora bien, mientras que para Hobbes la igualdad es un mal porque constituye una de las causas del temor recíproco y, por consiguiente, de los conflictos, para Pufendorf la igualdad es un bien porque en lugar de estimular la voluntad de dañar, la frena[23].

Ahora bien, este desacuerdo tiene lugar porque el juicio de que un determinado acontecimiento es natural constituye un juicio de hecho, mientras que el juicio de que este mismo acontecimiento es bueno constituye un juicio de valor; y cuando dos personas están de acuerdo sobre un hecho no está con ello dicho que estén también de acuerdo sobre el valor que es preciso atribuir a este hecho. Deriva de aquí que, incluso si todos los iusnaturalistas de todos los tiempos estuviesen de acuerdo en considerar como naturales unas determinadas tendencias, o sea, que estuviesen de acuerdo sobre los hechos que debían ser considerados como naturales (y ya hemos visto que en verdad no es esto lo que ocurre), a pesar de esto, no derivaría de aquí necesariamente un acuerdo sobre la calificación de estas tendencias como justas o injustas. Y, sin embargo, para poder hablar de la validez y, en consecuencia, de la utilidad de un sistema de derecho natural, no es la primera, sino la segunda forma de acuerdo la que resulta necesaria.

8. *Ocaso del mito de una naturaleza benéfica*

El acuerdo que nunca ha existido entre los iusnaturalistas con respecto a la admisión de unas determinadas leyes fundamentales de la sociedad, consideradas como naturales, no habría derivado de constatar que existía una naturaleza constante en el hombre, sino de considerar que la naturaleza era buena y benéfica. La fuerza del derecho natural en la Edad Moderna hasta la crisis producida por el historicismo descansa sobre una determinada concepción ética, que alguien podría denominar ideología, de la cual formaba parte integrante la idea o el mito de la bondad de la naturaleza. En esta concepción ética, la naturaleza era el valor último y, en consecuencia, se consideraba que una sociedad era tanto mejor cuanto más tendía a liberar las fuerzas naturales del hombre. La historia, las ins-

21. *De cive*, II, 2.

22. *Tractatus theologico-politicus*, XVI, 2, 3, 4.

tituciones positivas, la civilización, las costumbres que se habían formado poco a poco sin orden y sin una justificación racional y habían terminado por corromper la naturaleza, eran disvalores. El ideal de una ética conforme a la razón estaba acompañado por el ideal del retorno a la naturaleza; el deber supremo del hombre consistía en recuperar la hipotética libertad del estado de naturaleza contra la esclavitud de las instituciones sociales positivas; los pueblos naturales eran exaltados en oposición a los pueblos civilizados; lo que era natural se contraponía a lo universalmente humano, racional, válido por encima del espacio y del tiempo, a lo positivo, entendido como particular, irracional, válido entre los límites estrechos del espacio y del tiempo. El mismo ideal de la bondad de la naturaleza opuesto a la perversidad de la historia que guiaba a los deístas a la búsqueda de la religión natural y orientaba a los primeros economistas hacia una economía natural, guiaba igualmente a los juristas en la búsqueda de un derecho natural. En su filosofía de la historia, Kant resumía muy bien esta orientación general de la filosofía de la Ilustración afirmando que el progreso de la humanidad hacia lo mejor debía consistir en el desenvolvimiento de las facultades naturales, y por ello invocaba para este objetivo una sociedad jurídica universal fundada sobre la noción del derecho como condición de coexistencia de las libertades externas. La teoría del Estado moderno, desde Locke a Kant, inspirándose en este ideal de la naturaleza buena y benéfica, ha indicado siempre como fin último suyo no la realización de las virtudes o de la felicidad, sino la eliminación de los obstáculos que la tradición había acumulado contra la libre disposición de su naturaleza por parte del hombre. «El hombre ha nacido libre y en todas partes está ahora encadenado»[24].

Este mito de la naturaleza hace ya, sin embargo, bastante tiempo que se ha derrumbado; el idealismo alemán, el historicismo, el materialismo histórico, el positivismo, el utilitarismo, el pragmatismo, todas las corrientes filosóficas de los siglos XIX y XX han ido poco a poco socavando su fuerza de sugestión[25]. La historia es considerada cada vez más como producción del hombre y como alejamiento de la naturaleza. La relación jerárquica entre naturaleza e historia ha quedado invertida: no es ya la benéfica naturaleza quien debe orientar a la historia, sino que son las creaciones continuadas de la civilización las que deben dominar a la

24. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, I, 1 [cf. *Del contrato social. Discursos*, cit., p. 10].
25. Tomo esta idea de G. Preti, *Praxis ed empirismo*, Turín, 1957, que la expresa claramente en estos términos: «Todo el mundo que nos rodea va haciéndose cada vez más 'artificial', y de ese modo aparecen profundas mutaciones en la ética, en la sabiduría

23. *De Cive*, I, 3 y *De iure naturae et gentium*, II, 2, 8.

madre naturaleza. El ideal de la dominación sobre la naturaleza se ha ido oponiendo cada vez más intensamente al ideal del retorno a la naturaleza. Hoy se considera como una manifestación de decadentismo la pretensión de querer convertir al primitivo en un ídolo, al igual que se ve como evasión el intentar refugiarse en la vida natural. Los sociólogos y los antropólogos no buscan ya en las sociedades primitivas las huellas de una naturaleza primitiva íntegra, sino las formas de organización cultural, es decir, no el dictamen de la naturaleza, sino los productos del hombre y de su historia. Nuestro sistema de valores se ha desplazado desde la apreciación de la espontaneidad, como adaptación a la naturaleza, hacia la apreciación de la construcción social, como lucha contra la naturaleza. A causa del desarrollo de la técnica, el mundo actual, nos guste o no, se ha ido convirtiendo cada vez más en un mundo elaborado y artificial. Nadie pretende su destrucción; se tiende, todo lo más, a hacerlo más racional, a perfeccionar esa construcción y no a abatirla.

Pienso que está justificado plantear aquí una última cuestión: en esta situación moral que ha sufrido tan profundo cambio, y ante el hecho de la inversión de la relación naturaleza-cultura, ¿resultará posible hacer revivir una doctrina nacida en otra situación y vinculada a un diferente sistema de valores? ¿Qué fuerza de persuasión puede ejercer todavía la doctrina del derecho natural en un mundo en el que los principales modelos de vida se derivan, no de la naturaleza, sino de la lucha contra la naturaleza? ¿Qué probabilidades de éxito puede tener el llamado renacimiento del derecho natural en una época en que el mito de la buena naturaleza ha perdido toda eficacia? Ya hemos visto que los mismos teóricos del derecho natural se encontraban separados en lo concerniente a la valoración de este o aquel derecho; pero admitiendo incluso que todos estuviesen de acuerdo, ¿qué efecto tendría sobre nosotros este consentimiento general, cuando la orientación ética ha cambiado y cuando se está ya formando un nuevo consentimiento sobre la apreciación de valores diferentes? Hay, por otra parte, una prueba decisiva, en mi opinión, de que esta eficacia se ha agotado: los grandes cambios políticos de los siglos XVII y XVIII fueron realizados bajo el signo de la validez de la ley natural. Hemos mencionado los debates de Putney: hombres comunes, no doctos, discutiendo entre ellos los problemas de la reforma del Estado, se referían continuamente a la ley de la naturaleza. Ninguna de las grandes transformaciones ni experiencias políticas y sociales que han tenido lugar en nuestro tiempo, invoca, con la misma claridad, entre sus principios inspiradores al derecho natural. Alrededor de la ley natural no hay ya sino reuniones de eruditos en academias y

y en las relaciones cotidianas que vienen a modificar las visiones de antaño. Por ejemplo, el mito de la 'naturaleza' va poco a poco decayendo, y con él esa especie de religión naturalista que llevaba a contraponer la salubridad de la naturaleza con la insanidad de los hábitos humanos» (p. 201).

9. *Resumen de los argumentos*

A fin de facilitar la discusión del tema, resumo aquí los seis argumentos expuestos:

a) El derecho natural no es un derecho con el mismo título que el derecho positivo porque carece del atributo de la eficacia.

b) El derecho natural no llega a alcanzar el objetivo que corresponde a los sistemas jurídicos positivos porque no garantiza ni la paz ni la seguridad.

c) El derecho positivo ha ido extendiéndose poco a poco por todos los campos que antes se atribuían al derecho natural.

d) La noción de «naturaleza» es de tal modo equívoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales derechos diametralmente opuestos.

e) Incluso si fuese unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabría derivar un acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto.

f) Incluso si hubiera sido unánime el acuerdo sobre lo que es justo por el hecho de ser natural, de ello no se derivaría la validez de este acuerdo para el momento actual.

Se entiende que estas críticas no pretenden despojar al derecho natural de su función histórica ni tampoco suprimir la exigencia que este derecho expresa, la exigencia de no aceptar como valores últimos los que vienen impuestos por la fuerza de la clase política en el poder. Desearía hacer constar bien claramente que las dudas aquí formuladas no afectan en modo alguno a la existencia de valores morales superiores a las leyes positivas, ni a su contenido, sino únicamente a su justificación.

congresos, reuniones similares a las de estudiosos de anatomía en torno a un cadáver. ¿Cabe hablar, en consecuencia, de un renacimiento del derecho natural?

8

EL IUSNATURALISMO COMO TEORÍA DE LA MORAL*

1. *El renacimiento del iusnaturalismo no es una novedad*

En los últimos cincuenta años, el iusnaturalismo no ha dejado nunca de renacer. A pesar de la amplitud de los recientes debates y del eco suscitado por algunas conversiones (como la de Radbruch en Alemania y la menos conocida, pero igualmente significativa, de Carlo Antoni en Italia), el renacimiento del iusnaturalismo no es, en Europa, una novedad de los últimos años[1]. Ya al término de la Primera Guerra Mundial y, por tanto, en circunstancias análogas a las actuales, Julien Bonnecase condenaba con vehemencia toda la ciencia jurídica alemana, culpable de haber sometido el derecho a la fuerza y explicaba cándidamente la victoria de los aliados porque ellos no habían traicionado la idea del derecho natural[2]. De forma similar, en Alemania, Ernst Troeltsch, considerando la idea de derecho natural como la más noble expresión del pensamiento jurídico europeo, censuraba la filosofía alemana por haber llegado a la exaltación de la fuerza después de haber abandonado, sobre todo a causa de la contrarrevolución romántica, la fe en esta idea[3]. Algunos años más tarde François Gény, en el cuarto volumen de *Science*

* Traducción de Andrea Greppi.

1. Para hacerse una idea de la amplitud del debate en lengua alemana sobre el derecho natural puede consultarse la recopilación de ensayos *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, ed. de W. Maihofer, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1962. Sobre los primeros diez años tras la guerra en Italia, cf. la reseña de G. Fassò, «Il diritto naturale in Italia negli ultimi dieci anni»: *Il diritto ecclesiastico* LXVI (1955), pp. 358-370.

2. J. Bonnecase, *La notion de droit en France au dix-neuvième siècle*, E. de Boc-

et technique (1924), hacía una vez más el elogio del *irreductible droit naturel*, elaborando el tema de la *nécessité du droit naturel* contra la obstinada mentalidad positivista que perduraba en muchos franceses. Pero ya antes de la guerra (1910), en circunstancias completamente diferentes, había aparecido el modesto y sin embargo afortunado pequeño volumen de Charmont, *La renaissance du droit naturel*, que, remontándose a su vez a un ensayo de Saleilles de 1902, saludaba con alegría el retorno del derecho natural[4]. Algunos años antes, en Italia, Igino Petrone, estudiando la «fase recientísima» de la filosofía jurídica alemana con el objeto de denostar las orientaciones positivistas y abrir felices perspectivas para las nuevas tendencias idealistas, se preguntaba si acaso el derecho natural, en el que «hierve y se agita [...] la eterna juventud de la conciencia humana y del ideal», no tendría un «valor científico e ideal mucho más elevado que las doctrinas de sus adversarios»[5]. Remontándonos todavía más atrás en el tiempo, Marcel Prélot ha hablado recientemente de «renaissance du droit naturel au dix-neuvième siècle» [renacimiento del derecho natural en el siglo XIX] a propósito —nada menos que— del padre jesuita Taparelli d'Azeglio[6].

¿Dónde queremos ir a parar? Ante una doctrina que no para de renacer, las explicaciones posibles son dos: 1) renace continuamente porque está siempre viva; 2) renace continuamente porque no consigue crecer. La primera es la tesis que podría llamarse, y así se ha hecho, el eterno retorno del derecho natural[7]; la segunda es la tesis que podría definirse como la eterna crisis del derecho natural. Personalmente, me inclino por la segunda. En las páginas que siguen intentaré exponer algunas razones de esta convicción.

2. *Es preciso distinguir la moral de la teoría de la moral*

En la mayor parte de los ejemplos citados (y en otros muchos que podrían citarse) de renacimiento del iusnaturalismo, al iusnaturalismo se suele acudir como remedio para una crisis moral. Pero el iusnaturalismo ¿es un sistema moral? ¿Y qué sistema es? La tesis principal de esta

4. R. Saleilles, «École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents»: *Revue trimestrielle de droit civil* I (1902), pp. 80-112. Sobre este ensayo, véase F. Gény, «La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles», en *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Arthur Rousseau, París, 1914, pp. 24-27.

5. I. Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania. Analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza*, Enrico Spoerri, Pisa, 1895, pp. 358-359.

ponencia es que solo es posible entender adecuadamente qué es el iusnaturalismo cuando se cae en la cuenta de que *el iusnaturalismo no es una moral, sino una teoría de la moral*. En otras palabras: lo que tienen en común las doctrinas que a lo largo de los siglos han recibido el nombre de derecho natural no es el hecho de haber propuesto o predicado una moral determinada, sino de haber sostenido un determinado fundamento o una determinada justificación de la moral, *cualquiera que sea su contenido*.

Entiendo por «moral» un conjunto de prescripciones sobre la conducta humana en general, ordenadas sistemática y jerárquicamente en torno a algunas máximas fundamentales, habitualmente inspiradas por la aceptación de un valor considerado como preeminente. Las morales suelen distinguirse por la particular relevancia otorgada al valor preeminente que las informa, de manera que se habla de ética de la libertad, la justicia, la compasión, la caridad, la perfección, la solidaridad, la utilidad, la fuerza, la potencia, la paz, el bienestar y así sucesivamente, y algunas veces, y de forma menos clara, a partir de la escuela o el autor que las ha elaborado y predicado, de manera que se habla de ética cínica, estoica, epicúrea, tomista, libertina, calvinista, puritana, espinoziana, kantiana, spenceriana.

Entiendo, en cambio, por «teoría de la moral» un conjunto de argumentos elaborados de forma ordenada, cuya finalidad es proporcionar a una moral, cualquiera que sea, una justificación racional, que debe estar normalmente en condiciones de persuadir a los demás para que la acepten.

El hecho de que muchas de las más conocidas filosofías morales sean a la vez una moral y una teoría de la moral no debe inducirnos a confundir dos cosas distintas: de un lado, el diverso contenido de las prescripciones, como «ama a tu prójimo», «hay que buscar la paz», «persigue la mayor utilidad para el mayor número», «sé tú mismo», etc., que caracterizan a los distintos tipos de moral; de otro lado, los diversos argumentos mediante los cuales el moralista intenta dar un fundamento racional a una moral, con el fin de persuadir a los demás que una máxima es mejor que otra, de manera que en la historia de la filosofía van sucediéndose teorías teológicas, naturalistas, convencionalistas, racionalistas, voluntaristas, intuicionistas de la moral. Es verdad, por poner algún ejemplo, que con la expresión «moral kantiana» es posible referirse tanto a las máximas supremas de conducta, ilustradas por Kant en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, como a la filosofía del racionalismo ético expuesta en la *Crítica de la razón práctica*; o bien,

6. «The Ideas of Natural Law and Humanity in World Politics» (Apéndice I), en O. Gierke y E. Barker, *Natural Law and the Theory of Society*, Cambridge University Press, 1934, vol. I, pp. 201-222, espec. pp. 203-204.

6. M. Prélot, «Taparelli d'Azeglio et la renaissance du droit naturel au XIXe siècle», en *Le droit naturel*, PUF, Paris, 1959, pp. 191-203.

7. Véase, por ejemplo, E. Landsberg, «Zur ewigen Wiederkehr des Naturrechts»: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* XVIII (1925), pp. 348-376.

sobre las morales tradicionales. Se podría quizá añadir también que, en algunos sistemas filosóficos, moral y teoría de la moral están tan estrechamente unidas, casi compenetradas la una con la otra, que el no separarlas facilita la comprensión de ambas. Sin embargo, hay dos situaciones nada infrecuente en que la distinción entre moral y teoría de la moral es necesaria: 1) cuando nos encontramos ante morales análogas que, sin embargo, han tenido históricamente justificaciones diferentes; 2) cuando nos encontramos ante teorías morales que han sido utilizadas para justificar morales distintas entre sí. Este último es el caso del iusnaturalismo.

Al afirmar, por tanto, que el iusnaturalismo no es una moral, sino una teoría de la moral, quiero decir que desde el punto de vista de las máximas supremas propuestas o de los valores preeminentes aceptados, las corrientes que apelan al derecho natural muestran la más desconcertante variedad; forman, en cambio, un conjunto homogéneo —que justifica, por lo demás, la denominación habitual— solo cuando se las considera desde el punto de vista del conjunto de conceptos, razonamientos, argumentos utilizados para demostrar la plausibilidad de la moral que se quiere defender frente las demás.

3. *El iusnaturalismo no es una moral*

Comienzo observando que en la expresión «derecho natural» el término «naturaleza» no da ninguna información sobre el contenido de las prescripciones. La única máxima que se puede extraer al convertir a la naturaleza en principio de la acción es: «Actúa conforme a la naturaleza». Pero se trata de una de esas máximas huecas que pueden ser rellenadas, según las circunstancias y las personas, con cualquier contenido, dependiendo de que se haga referencia, por mencionar el ejemplo habitual, a la naturaleza instintiva del hombre o a la racional (pero ¿cuál de las dos es la *verdadera* naturaleza?).

En la expresión «derecho natural» el término «naturaleza» indica dos cosas: bien la *fuente*, bien el *fundamento* del derecho. No ofrece ninguna sugerencia para determinar un contenido específico u otro. Se refieren al contenido axiológico expresiones como derecho individualista, socialista, fascista, o bien a la materia otras expresiones como derecho privado, público, penal. Pero la expresión «derecho natural» es empleada casi exclusivamente en estas dos secuencias: derecho natural, consuetudinario, legislativo, o bien derecho natural, divino, humano, de las cuales la primera se caracteriza por la referencia a la fuente de las reglas,

que la expresión «ética utilitarista» significa tanto la moral inspirada por el valor de la utilidad, como los diversos argumentos que Bentham y su escuela han elaborado para demostrar su razonabilidad y superioridad

expresión es «derecho positivo» y también permanece completamente muda con respecto al contenido de las prescripciones. Muy distinto es el resultado cuando se contrapone una moral a otra: dos morales se consideran opuestas si una toma como valor supremo aquello que para la otra es el supremo disvalor (ética de la caridad contra ética de la utilidad, ética de la compasión contra ética de la potencia, etc.): pero la positividad no es por sí misma un valor, sino, como la naturaleza, un posible fundamento para la aceptación y la imposición de un valor cualquiera.

Una prueba general de ello se encuentra en el hecho de que, para dar mayores informaciones sobre el contenido, no hay más remedio que añadir ulteriores especificaciones, como derecho natural *cristiano*, derecho natural *personalista*, derecho natural *solidarista*, y así sucesivamente. Una prueba más específica se obtiene del examen de las distintas corrientes históricas que han apelado al derecho natural, y que por eso mismo bien pueden ser denominadas iusnaturalistas: a la sombra del derecho natural, como se ha dicho en numerosas ocasiones, se han defendido máximas morales muy distintas, e incluso opuestas, en defensa tanto de la esclavitud y la conquista colonial como de la libertad y las guerras de liberación nacionales y coloniales; tanto de la propiedad privada como de la propiedad colectiva; tanto de la obediencia a la ley del soberano incluso cuando es injusta, como de la desobediencia civil; tanto del régimen feudal y de su orden jerárquico, como del régimen burgués y de su orden meramente formal, o del régimen socialista (en los más antiguos socialistas y los utopistas) y de su orden comunitario[8].

De estas antinomias, tantas veces comentadas, denunciadas y deploradas, hay un ejemplo actual que me parece extremadamente clarificador; el contraste radical que se observa entre los dos libros italianos más recientes sobre el derecho natural, *Giusnaturalismo ed etica moderna* (1961) de Pietro Piovani, y *La restaurazione del diritto di natura* (1959), ya citado, de Carlo Antoni. Según Antoni, el iusnaturalismo, con su reconocimiento del valor de la persona, representa la más alta tradición de una ética de la conciencia individual enfrentada a la ética de la ley y, por tanto, ha de ser «restaurado»; según Piovani, el iusnaturalismo, con su perenne reivindicación de una ley objetiva que refleja un orden cósmico preestablecido, representa la tradición ya exhausta de la ética legalista contra la ética moderna de la libertad individual y, por

8. Sobre estas «antinomias» del iusnaturalismo, cf. el ensayo anterior. Cf. asimismo A. M. Knoll, *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht zur Frage der Freiheit*, Europa, Viena, 1962, citado por E. Topitsch, «Zum Problem des Naturrechts»: *Der Staat* I

mientras que la segunda a su fundamento. Ninguna de las dos series dice nada sobre el contenido axiológico o la materia. La misma conclusión se obtiene al considerar la expresión antitética al derecho natural: dicha

tanto, debe ser de una vez para siempre rechazado. En el fondo, la inspiración ética de los dos autores es similar; pero el primero intenta darle un fundamento doctrinal apelando iusnaturalismo, mientras que el otro lo hace invocando su irrevocable condena. Una vez más el iusnaturalismo se pone al servicio de dos morales diametralmente opuestas.

4. *El iusnaturalismo es una teoría de la moral*

Con las consideraciones del apartado anterior no quiero sugerir que las distintas doctrinas iusnaturalistas no tengan nada en común. No se entendería entonces cómo es que llevan el mismo nombre. Me propongo sostener que lo que tales doctrinas tienen en común es pura y simplemente una concepción objetivista de la moral, es decir, una característica que se refiere no al contenido de las máximas, sino al modo de su fundamentación: concretamente, que el iusnaturalismo no es una moral, sino una teoría de la moral. Cuando se quiere designar un sistema ético opuesto al iusnaturalista, se hace referencia al relativismo ético. Pues bien, también la expresión «relativismo ético» no designa una determinada moral, sino un modo de concebir el origen y la validez de los valores morales. El iusnaturalismo como teoría no tiene preferencias éticas: incluso una ética de la potencia (Spinoza) puede ser correctamente calificada como iusnaturalista cuando recurre a la naturaleza para demostrar que su sistema de valores es objetivo.

Desde la Antigüedad, la idea de derecho natural se encuentra estrechamente conectada con la de su contrario, el derecho positivo (o legal o convencional). «Naturaleza» es uno de esos conceptos generalísimos que se emplean para dar una explicación global de la realidad: y, en efecto, hay filosofías cuya sustancia consiste en afirmar que «la realidad es la naturaleza». La función primaria y originaria de este concepto generalísimo de naturaleza es la de reunir en una única categoría a todas las cosas, cuya existencia y desarrollo no dependen de la voluntad y la acción del hombre. Esta función permanente y persistente del concepto de naturaleza queda probada por el significado de los diversos conceptos antitéticos que han ido contraponiéndose a ella: arte o técnica, convención o norma, sociedad, civilización, historia, espíritu. En todos estos contrarios de naturaleza es común la referencia a la obra creadora del hombre.

Ahora bien, mientras que hay cosas que no pueden ser más que naturales como el sol, el mar, la tierra, y cosas que no pueden ser más que

(1962), pp. 225-234, de donde tomo la siguiente cita: «De este modo, el derecho natural escolástico [...] no es el esbozo de un ordenamiento para todo sistema en el sentido de una contribución constructiva, como sus defensores tienden a sostener, sino un cascarón vacío en el que puede encontrar acomodo cualquier sistema» (p. 55).

en parte natural y en parte artificial. Derecho natural es esa parte del derecho cuyo origen (en el doble sentido de la fuente y del fundamento) es independiente de la obra creadora del hombre. Casi siempre, además, el derecho derivado de la, o fundado en la, naturaleza, al quedar por definición situado más allá del imperio de la voluntad humana (individual o colectiva), ha sido considerado axiológicamente superior al derecho positivo.

Para que una doctrina pueda definirse como iusnaturalista han de concurrir conjuntamente estas dos afirmaciones: 1) una parte de las reglas de la conducta del hombre en sociedad no es obra del hombre histórico (históricamente condicionado); 2) la parte, mayor o menor, de estas reglas naturales se encuentra situada en un plano axiológicamente superior a la parte compuesta por reglas positivas. Como se quería demostrar: ninguna de estas dos afirmaciones hace referencia al contenido de las reglas denominadas naturales y al de las reglas denominadas positivas. La primera de las dos afirmaciones revela un modo de producción de las reglas de conducta distinto del de la tradición (derecho consuetudinario) y de la voluntad dominante (derecho legislativo), o bien un modo de justificar la obligatoriedad de las reglas que no hace referencia a un mandato irresistible del superior divino o del superior humano. La segunda afirmación introduce un orden jerárquico entre varios tipos de reglas y propone de ese modo un criterio de preferencia. Ambas conjuntamente constituyen el esquema para la construcción de un ordenamiento normativo que es perfectamente indiferente respecto de los posibles contenidos con los que puede ser rellenado. Sobre la base de este esquema, al que a mi juicio se reduce cualquier doctrina iusnaturalista, es posible construir los sistemas normativos más diversos. Y esto es efectivamente lo que ha sucedido a lo largo de una historia milenaria.

Una confirmación histórica del hecho que el iusnaturalismo ha elaborado no una determinada moral sino un esquema teórico para la fundamentación y justificación de las más diversas morales está en situaciones opuestas a las mencionadas como prueba histórica en el apartado anterior. Allí se trataba de mostrar que con el nombre de iusnaturalismo se habían presentado morales opuestas, mientras que ahora se trata de comprobar que un mismo sistema moral puede exponerse tanto mediante esquemas iusnaturalistas como, si cambian las circunstancias históricas o las corrientes ideológicas, mediante esquemas no iusnaturalistas. Cuando, tras las críticas convergentes de las corrientes utilitaristas en Inglaterra, historicistas en Alemania y positivistas en Francia, el iusnaturalismo como teoría de la moral quedó despojado de todo presti-

artificiales (o producidas por la sociedad, la historia, la civilización, el espíritu), como una casa, un vestido, un arma, una herramienta, el derecho desde sus orígenes ha sido considerado, al igual que el lenguaje,

siglos anteriores, como el individualismo liberal y el socialismo comunitario: es más, liberalismo y socialismo, que habían surgido en el seno de la teoría iusnaturalista, nunca recorrieron tanto camino como cuando se libraron de la tutela de su antiguo padrino. El primero se orientó, en busca de sustento, sobre todo en Inglaterra, hacia el utilitarismo; el segundo, pasando de la utopía a la ciencia, sobre todo en Alemania, hacia el historicismo. Cambiaron el ropaje, pero no la sustancia.

5. *Como teoría de la moral el iusnaturalismo es insostenible*

Puesto que he tocado en otro lugar este punto[9], me limito ahora a proponer sintéticamente tres argumentos que me parecen particularmente relevantes para confutar el iusnaturalismo como teoría de la moral y para vaciar de significado su retorno en esta acepción:

1. El análisis histórico de los diferentes sistemas iusnaturalistas no nos autoriza a afirmar que la naturaleza sea un criterio válido para distinguir las múltiples tendencias del hombre: ¿es más natural la desconfianza hacia los demás, como pretendía Hobbes, o el *appetitus societatis*, como pretendía Grocio? Una de las máximas más frecuentes del derecho natural, tanto en las escuelas conservadoras como en las liberales, de derechas y de izquierdas —hasta el punto que ha sido considerada por algunos como el alfa y el omega de toda forma de iusnaturalismo—, es la que prescribe el respeto por la vida. Sin embargo, no hay nada que sea menos natural: la naturaleza produce, en su conjunto, un incesante, brutal, cruel exterminio de seres vivos.

2. Aun suponiendo que la naturaleza fuera un criterio válido de distinción, que permite caracterizar ciertas tendencias distinguiéndolas de otras, de esta constatación fáctica no se deriva como consecuencia que las tendencias naturales sean buenas y las que no son naturales sean malas[10]. La tendencia del pez grande a comerse al pez chico es indiscutiblemente natural. ¿Pero es también buena? Si adoptamos el punto de vista del pez grande podemos pensar que sí lo es. ¿Pero qué opinan de esto los peces pequeños? Con otro ejemplo, una de las tendencias más naturales de todo ser vivo, incluyendo también al hombre, es la reproducción

9. Cf. el ensayo anterior.

10. Este argumento, según el cual un juicio de valor no puede derivarse de un juicio de hecho (el deber ser del ser), ha sido ilustrado en numerosas ocasiones, con particular referencia al derecho natural, por Kelsen. Cf. en particular «The Natural Law Doctrine be-

gio y fue casi completamente abandonado, salvo por parte de algún anticuado reaccionario, ello no implicó que desaparecieran las ideologías sociales que habían recurrido al esquema teórico del iusnaturalismo en

de la especie. Sin embargo, no hay ningún sistema de derecho natural que en esta esfera de comportamientos no ejerza violencia sobre la naturaleza estableciendo restricciones, imponiendo prohibiciones, aceptando y consagrando tabúes sociales. Cabría decir, con Musil: «... y no hay que hacerse ilusiones sobre el hecho de que no hay nada menos natural que la naturaleza; ella es terrosa, angulosa, venenosa e inhumana en todos aquellos lugares en los que el hombre no le impone un yugo»[11].

3. Cuando calificamos como natural una institución que hemos valorado como buena (y la consideramos como digna de conservada si ya existe, o de ser establecida, si es que todavía no existe) llevamos a cabo una de estas tres posibles identificaciones: *a*) entre la naturaleza y un orden universal creado por un ser supremo, a cuya omnipotencia atribuimos el origen de todos nuestros derechos y deberes; *b*) entre la naturaleza y un orden humano revelado a través de la tradición histórica y probado por el presunto consenso del género humano o, más concretamente, de esa parte del género humano a la que pertenecemos (recuérdese la costumbre como «segunda naturaleza» y la naturaleza como «primera costumbre» de Pascal); *c*) entre la naturaleza y los fines deseables y demostrables en una determinada situación de hecho (en este caso los juristas suelen hablar de reglas extraídas de la «naturaleza de las cosas»).

La primera identificación se muestra, por ejemplo, en la elevación a máxima suprema del derecho natural de la regla que prescribe tratar a todo ser humano como fin y no como medio (iusnaturalismo y personalismo van, en su reciente renacimiento, estrechamente unidos[12]): el fundamento de esta máxima es la creencia en la naturaleza divina del hombre, la fe en el hombre «hijo de Dios», en última instancia, una concepción religiosa de la vida y trascendente de la historia. En relación con la segunda identificación pienso sobre todo en las distintas formas de iusnaturalismo conservador, que considera naturales las instituciones en virtud únicamente de su longevidad histórica, como por ejemplo la propiedad, la pena de muerte, la guerra, y que avala su consideración como naturales con el insulso argumento de que, si una institución ha sido capaz de durar mucho tiempo, es señal de que se corresponde con la naturaleza del hombre y la sociedad (¡oh, naturaleza —sería el caso de exclamar— cuántos delitos se han cometido en tu nombre!). La tercera identificación es la que tiene lugar, por ejemplo, cuando el Comité internacional de escritores, autores y compositores (CISAC) declaró

11. *Tre donne*, Einaudi, Turín, 1960, p. 25 [*Tres mujeres*, Seix Barral, Barcelona, 1968].

fore the Tribunal of Science», en *Natural Law and World Law. Essays to commemorate the Sixtieth Birthday of Kotaro Tanaka*, Yuhukaku, 1954, pp. 63-100; «A Dynamic Theory of Natural Law»: *Louisiana Law Review* XVI (1956), pp. 597-620; «Justice et droit naturel», en *Le droit naturel*, cit., pp. 1-123.

que el derecho de autor es un derecho natural «en cuanto tiene su origen en la naturaleza misma de las cosas»[13]. El derecho de autor es, por el contrario, tan escasamente natural como para que solo muy recientemente haya encontrado reconocimiento. Ha sido necesario esperar a que se produjera una extensión del concepto de trabajo humano que permitiera considerar el trabajo intelectual como trabajo (tradicionalmente considerado como *otium* desinteresado e improductivo) y un desarrollo técnico de la organización del trabajo humano que permitiera obtener beneficios económicos (cada vez mayores con el desarrollo de la comunicación de masas) de una obra producida por la inteligencia. ¡Nada más lejos de la naturaleza de las cosas! Para que nazca un nuevo derecho no es necesario que se dé una situación nueva (las obras de la inteligencia, como tales, son una cosa antiquísima), sino una nueva valoración de una situación que puede ser vieja. Y la naturaleza nada tiene que ver en todo esto.

En definitiva, la teoría del derecho natural, cuando no es un erróneo intento por extraer un sistema de prescripciones a partir de un sistema de constataciones de hecho, es un ilusorio disfraz de una fundamentación religiosa, o tradicionalista, o histórica, para una moral social determinada, en otras palabras de una fundamentación que apela o a la autoridad divina, o a la autoridad de la tradición, o a la autoridad de una ideología históricamente relevante. El iusnaturalismo, como teoría de la moral, es el recurrente intento, destinado al fracaso, de mundanizar un derecho que deriva de Dios, o de sublimar un derecho que se expresa en la tradición, o de objetivar un derecho que se impone como expresión de un determinado sistema de valores.

6. *Lo que importa del iusnaturalismo es su función histórica*

Volvamos ahora al renacimiento del iusnaturalismo. He tomado como punto de partida la constatación de que el iusnaturalismo, a pesar de su continuo renacimiento, no consigue hacerse adulto. En los tres apartados anteriores he intentado motivar las razones de este fenómeno. Las cuales pueden resumirse como sigue:

1. Si por renacimiento del iusnaturalismo se entiende el «renacimiento de una determinada moral» esta expresión no tiene un significado preciso, ya que han existido, como hemos visto, no una sino diversas éticas inspiradas en la naturaleza: por poner solo un ejemplo extremo,

12. E. Lonardi desarrolla con buenos argumentos la tesis de que sería oportuno sustituir la expresión «derecho natural», cargada de equívocos e imprecisa tanto respecto al sustantivo como al adjetivo, por la expresión «ética de la persona» («Sull'espressione diritto naturale»: *Jus* XV [1962], pp. 56-80).

sobre cuya base se pretende establecer la diferencia entre iusnaturalismo antiguo y medieval y iusnaturalismo moderno, tanto una ética de la obediencia a los poderes públicos como una ética de la resistencia. Es verdad que hoy quienes apelan al derecho natural lo hacen invocando la ética de la resistencia contra la de la obediencia: pero la confusión es tal que quienes proclaman hoy con mayor insistencia el eterno derecho natural son los mismos que en la tradición del iusnaturalismo se dedicaban más a predicar la obediencia que a incitar la resistencia.

2) Si por renacimiento del iusnaturalismo se entiende el renacimiento de una determinada teoría de la moral —aparte de que, en realidad, no hay nadie que la entienda de esta manera—, el episodio debería quedar reducido a una dimensión mucho más modesta, esto es, a una disputa entre sabios, con el agravante de que esta teoría de la moral ha sido tan frecuentemente confutada que no puede ser ya razonable y seriamente sostenida, y su renacimiento no es más que la fugaz reaparición de un fantasma.

De estas dos consideraciones ¿debería sacarse la conclusión de que el renacimiento del iusnaturalismo carece por completo de significado en el momento presente? Para responder a esta nueva pregunta hay que introducir una especificación ulterior, pues es necesario fijarse ya no en el mayor o menor fundamento de la teoría del derecho natural, sino en su *función histórica*[14]. Precisamente como teoría objetivista de la ética (como hemos visto en el apartado 4), esto es, como teoría que, apelando a la naturaleza, entendida como sistema de los entes no producidos por el hombre y, por tanto, ajenos a ese producto de la actividad humana que es la historia, pretende descubrir y señalar reglas de conducta de valor universal, el iusnaturalismo, en la mayoría de sus acepciones[15], ha sostenido, y no podía no sostener, que el poder soberano tiene límites, que estos límites derivan de la existencia de normas superiores a cualquier voluntad humana (incluso aquella a través de la cual se manifiesta la *summa potestas*), y que por consiguiente es moral, e incluso legalmente, reprobable todo soberano que los transgreda. En otras palabras, el iusnaturalismo, como teoría objetivista de la moral,

14. Recupero, con esta pregunta, el enfoque sobre el problema histórico del derecho natural propuesto por A. Passerin d'Entrèves: «En mi opinión, aquello que realmente reclama la atención del estudioso moderno es la función del derecho natural y no la doctrina en sí misma» (*La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milán, 1954, p. 9).

15. Digo «en casi todas sus acepciones» porque es posible también defender el absolutismo partiendo de la afirmación de la existencia del derecho natural, si se sostiene, con Hobbes, o al menos con la interpretación de Hobbes que a mí me parece más plausible, que la única ley natural vigente en el estado civil hobbesiano es la ley

13. Tomo la cita de A. Giannini, «Sul diritto d'autore come diritto naturale»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XXXIII (1956), p. 605: quien interpreta la expresión «derecho natural» como «derecho innato».

ha sido un fundamento perfecto para cualquier teoría favorable al establecimiento de límites al poder estatal. De la exigencia de un Estado limitado por la ley natural han surgido el constitucionalismo moderno contra el maquiavelismo, contra las teorías de la razón de Estado y del derecho divino del rey, contra el absolutismo paternalista y el hobbesiano; la concepción liberal del Estado contra las diferentes formas de despotismo más o menos ilustrado; el Estado de derecho del siglo pasado contra el Estado de policía y el Estado ético; y finalmente las teorías de la garantía internacional de los derechos del hombre contra el peligro permanente del Estado totalitario.

Ahora bien, lo que hoy renace bajo el nombre de iusnaturalismo es la perenne exigencia, particularmente intensa en periodos de guerras externas e internas, de que la vida, algunos bienes y algunas libertades del individuo sean protegidos jurídicamente contra la fuerza organizada de quienes detentan el poder.

7. *Pero la función histórica del iusnaturalismo hoy la desempeñan generalmente otras corrientes de pensamiento*

La historia del Estado moderno en los últimos dos siglos coincide en gran parte con la historia de las tentativas desplegadas para hacer efectivamente operativa, por medio de distintos arreglos constitucionales, la exigencia de las teorías iusnaturalistas acerca de la limitación del poder soberano. El primer paso ha sido el control del poder ejecutivo por parte del poder legislativo; el paso siguiente se dio al instituir el control del poder legislativo ordinario por parte del poder constituyente a través de un órgano encargado de la garantía de la legitimidad constitucional. Ahora nos encontramos en la fase de irresistible impulso hacia el control de un ordenamiento jurídico parcial (estado) por parte del ordenamiento universal (comunidad universal): el inicio de esta nueva fase se sitúa en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Sin embargo, una vez que el problema se plantea en estos términos, es necesario añadir una última observación: la mayor parte de las corrientes políticas decimonónicas, incluso las contrarias o indiferentes al iusnaturalismo, han expresado la exigencia de que el poder estatal tenga límites, si bien con argumentos distintos a los que son propios de la tradición iusnaturalista: el utilitarismo, el positivismo evolucionista, el socialismo pluralista, el neokantismo en sus diversas acepciones, el pragmatismo han concurrido todos ellos a la formación de una opinión y una

bie, que la única ley natural que permanece en el estado civil hobbesiano es la que impone la obediencia incondicional al soberano («Hobbes e il giusnaturalismo»: *Rivista critica di storia della filosofia* XVII [1962], pp. 470-485 [*Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1985, pp. 151-170]).

se manifiesta el pensamiento humano, ¿con qué razón puede sostenerse que la resistencia contra el Estado totalitario es hoy patrimonio exclusivo, como se pretende, del renacido iusnaturalismo y no del utilitarismo, del positivismo evolucionista, del socialismo pluralista, del neokantismo, del pragmatismo? La única filosofía de la que se han podido extraer argumentos para la justificación del Estado totalitario es la filosofía hegeliana, unilateralmente interpretada; y para la justificación de un Estado totalitario de transición (dictadura del proletariado), la filosofía de Marx. Nadie podría afirmar hoy que las corrientes antihegelianas y antimarxistas, elaboradas en formas distintas a lo largo de este último siglo para la defensa de una concepción liberal y democrática del Estado, hayan sido una continuación del iusnaturalismo. Es más, frecuentemente, han estado explícitamente enfrentadas con él. Por poner un ejemplo significativo y cercano, Benedetto Croce, historicista, idealista y restaurador bajo ciertos aspectos del hegelianismo, fue a lo largo de toda su vida intransigentemente antiiusnaturalista y, a la vez, en los años de la dictadura fascista, intransigente defensor del Estado liberal contra el Estado ético. ¿Incoherencia de un filósofo o impotencia de una doctrina?

A estos argumentos traídos de la historia de la filosofía añado un argumento más tomado de la reflexión sobre el movimiento de ideas que se desarrolla ante nuestros ojos. Obsérvese las formas que asume en nuestros días la demanda de límites al poder estatal respecto de: *a*) quienes producen normas jurídicas; *b*) quienes están llamados a cumplirlas; *c*) quienes las deben aplicar.

a) En aquellos lugares en que han caído los Estados totalitarios han sido promulgadas constituciones nuevas que no establecen ya solamente límites de hecho —con amplias declaraciones de derechos individuales y sociales— sino también jurídicos (con la institución del control constitucional de las leyes) al poder legislativo; además, con la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha dado el primer paso hacia la garantía jurisdiccional internacional de los derechos de los ciudadanos contra su propio Estado.

b) Por parte de los individuos, nunca como en estos últimos años, desde la resistencia europea contra el fascismo hasta la lucha de los pueblos coloniales contra los antiguos dominadores, desde las proclamaciones de desobediencia civil en los casos de guerra injusta (el manifiesto de los intelectuales franceses durante la guerra de Argelia) hasta la difusión de la idea de objeción de conciencia (frente a la guerra nuclear, todos somos objetores de conciencia), desde la condena de los criminales de guerra hasta la repetida solemne afirmación del deber de opo-

praxis favorable al desarrollo y al reforzamiento del constitucionalismo. ¿Qué tienen que ver estas nuevas tendencias con el viejo iusnaturalismo? Y si ellas son expresiones distintas de las muchas maneras en que

c) Finalmente, es sabido que entre los jueces, incluso en los países de derecho codificado, y por tanto más sensibles a la influencia del positivismo jurídico, van abriéndose camino ideas favorables a una mayor amplitud en el juicio y a considerar las normas generales y abstractas, provenientes de los órganos públicos, más como directivas que como mandatos rígidamente vinculantes.

Es indudable que estos distintos movimientos son expresiones distintas que responden a una inspiración común: la defensa de los individuos aislados y de los grupos minoritarios contra las desmedidas pretensiones del Leviatán moderno. Igualmente indudable es que tales movimientos expresan la misma exigencia, que caracterizó al iusnaturalismo en la mayor parte de sus elaboraciones doctrinales, y prosiguen su función. Pero las doctrinas en las que se apoyan, los argumentos que aducen, las motivaciones morales, racionales, históricas, a las que apelan, no tienen generalmente nada que ver con el iusnaturalismo, esto es, con el conjunto de teorías que han afirmado la existencia de un derecho de naturaleza. Raramente resuena entre los actuales defensores de la libertad en sus distintas formas la apelación al derecho natural, que en cambio estaba constantemente presente hasta finales del siglo XVIII en las teorías políticas medievales y modernas sobre los límites del poder soberano. El mito de un derecho de naturaleza, esto es, de un derecho que proviene de una naturaleza benéfica, porque así la quiso Dios, o porque es ella misma intrínsecamente divina, ha llegado hasta nosotros extenuado y si renace es para volver a morir inmediatamente.

Lo que sí renace continuamente es la exigencia de libertad contra la opresión, de igualdad contra la desigualdad, de paz contra la guerra. Pero esta exigencia nace independientemente de aquello que los sabios piensen acerca de la naturaleza del hombre. Más que de un renacimiento del iusnaturalismo, por tanto, habría que hablar del retorno de aquellos valores que hacen que la vida humana sea digna de ser vivida y que los filósofos revelan, proclaman y, al final, intentan justificar, con arreglo a los tiempos y a las condiciones históricas, con argumentos tomados de la concepción general del mundo dominante en la cultura de la época. De estos argumentos el iusnaturalismo ha sido una manifestación duradera: pero no es la única. Y no parece que sea hoy, teóricamente, la más aceptable.

nerse a un orden injusto e inhumano, el poder absoluto del Estado ha pasado a ser objeto no solo de críticas filosóficas sino también de actos concretos de resistencia.

9

LA NATURALEZA DE LAS COSAS*

1. *Una noción olvidada*

Para iniciar una discusión en torno a la noción de «naturaleza de las cosas» puede ser útil comenzar por las palabras con que Gustav Radbruch cerraba su estudio en 1941:

> El problema de la naturaleza de las cosas es precisamente, en el presente momento de la historia del espíritu, lo bastante importante como para no ser solo, según ha sido hasta ahora, el objeto episódico de una siempre renovada y siempre nuevamente olvidada investigación individual, sino como para convertirse en el tema de una constante y común investigación científica[1].

Es realmente sorprendente, en efecto, cómo la noción de «naturaleza de las cosas», a la que tan frecuentemente se hace referencia en el lenguaje jurídico con expresiones como «naturaleza de los hechos», «naturaleza de la prestación», «naturaleza de la relación», «naturaleza de los intereses», «naturaleza de la institución», ha sido tan poco analizada hasta ahora. En general, se puede decir que, por un lado, «naturaleza de las cosas» es hoy todavía una expresión genérica que abraza objetos distintos y, por tanto, es utilizada a veces más como una fórmula sugestiva, para uso polémico, que como un conjunto de palabras con un significado rigurosamente delimitado; y que, por otro lado, es una expresión tan demasiado poco diferenciada todavía que a menudo viene sustituida por otras expresiones análogas sin que la sustitución produzca sorpresa alguna, como se puede ver en el siguiente texto de Regelsberger:

«Natur der Sache, Vernunft der Dinge, *naturalis ratio*, Zweckgedanken, Verkehrsbedürfnis, Rechtsgefühl sind mir verschiedene Bezeichnungen für dasselbe Ding» [Naturaleza de las cosas, razón de las cosas, *naturalis ratio*, idea de fin, libre circulación, sentimiento jurídico son para mí diferentes designaciones de la misma cosa][2].

Partiendo de esta situación me parece que el trabajo de análisis debería proceder en una doble dirección: por una parte, debería examinar los diversos contextos en los que la expresión es efectivamente utilizada por el jurista, para llegar a una clasificación de los significados o matices de los significados; por otra parte, debería examinar las distintas expresiones que son o pasan por ser sinónimas y discutir la oportunidad de adoptar una en vez de otra. Si una de las funciones principales de la ciencia jurídica es, como yo creo, purificar el lenguaje jurídico, transformar el lenguaje común en lenguaje técnico, no hay duda de que la noción de naturaleza de las cosas, por el tosco estado en que todavía se encuentra, ofrece amplia materia para el jurista.

En la doctrina italiana esta noción no ha tenido mucha fortuna hasta ahora ni entre juristas ni entre filósofos del derecho[3]. Es probable que sobre la actitud de los juristas haya influido el juicio negativo de Windscheid, según el cual la expresión «naturaleza de las cosas» está «desacreditada no sin razón»[4], y, en general, la predominante orientación positivista, según la cual no hay más ordenamiento jurídico que el del Estado y, en el ordenamiento del Estado, no hay más fuente que la ley. Y, en efecto, en los tratados, en las obras generales, en los manuales de derecho positivo italiano, de la naturaleza de las cosas en general o no se habla en absoluto o se habla de pasada en un epígrafe sobre las «pretendidas fuentes del derecho», en donde aparece entremezclada con otras nociones afines y no afines[5]. Por lo que se refiere a los filósofos del derecho, su desinterés por el problema habrá de ser buscado en el predominio, tras la crisis del positivismo, de orientaciones antiiusnaturalistas, sea el neokantismo, que canonizó la distinción entre la esfera del *Sein* y

2. F. Regelsberger, *Pandekten* (1893), I, § 12, p. 68.

3. Para un examen particularizado de la fortuna de la noción en la doctrina italiana, cf. mi trabajo «La natura delle cose nella dottrina italiana»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XLI (1964), pp. 489-503, que damos aquí como Apéndice B, *infra*, pp. 208-221.

4. B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. ital., I, 1, § 23, p. 78, en nota, donde refuerza el juicio análogo de Adickes (*Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, pp. 8 y 67).

5. Véase, por todos, N. Coviello, *Manuale di diritto civile*, p. 19; cf. también

* Traducción de Alfonso Ruiz Miguel.

1. «La natura delle cose come forma giuridica di pensiero»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XXI (1943), p. 156.

la del *Sollen*, o el historicismo idealista, que colocó al derecho en el reino del espíritu.

El único estudio sobre el tema ha sido por bastante tiempo el de Asquini de 1921[6]. El cual, por lo demás, es la mejor prueba de lo que se ha dicho hasta aquí: que «naturaleza de las cosas» es una expresión ambigua, susceptible de las más variadas interpretaciones, y que el problema planteado por ella no goza de mucha popularidad entre los juristas italianos. Asquini, en efecto, para no ser sometido a la demasiado fácil acusación de objetivismo o naturalismo interpreta la noción de naturaleza de los hechos como «la representación que la conciencia humana hace de la función de las relaciones sociales y de sus exigencias económicas», y por «conciencia humana» entiende la conciencia colectiva o común, aquella «conciencia media social a la que es usual recurrir en el mundo del derecho para muchos otros fines (por ejemplo: la determinación del concepto de culpa)»; por tanto, niega que haya una «verdad de las cosas objetivamente determinable por la razón del intérprete concreto sin referencia a la valoración que de ellas hace la conciencia común». En suma, interpreta el concepto de naturaleza de las cosas para despojarlo, es cierto, de toda su intención polémica, pero también de su razón de ser, que está precisamente en sugerir al jurista la idea de la existencia de una realidad objetiva de la que puede extraer reglas jurídicas. Y así interpretada, la noción de naturaleza de la cosa termina por confundirse con la de equidad y puede ser tranquilamente eliminada.

2. *Los tres blancos de la doctrina de la naturaleza de las cosas*

El interés por el problema de la naturaleza de las cosas, que se ha ido reavivando en estos últimos años sobre todo en la filosofía del derecho y en la ciencia jurídica alemana, tiene un manifiesto origen polémico. En términos generales y todavía poco precisos, se puede decir que se trata de un aspecto de la lucha actual contra el formalismo jurídico. Por esto, me parece que entre las distintas perspectivas que se pueden elegir para llevar a cabo un primer análisis de la noción de «naturaleza de las cosas», puede presentar un cierto interés examinar su significado polémico al objeto de aclarar estos dos puntos: 1) si el significado polémico es unívoco o plurívoco, y en este aspecto mi propósito es puramente descriptivo; 2) constatada la multiplicidad de los usos polémicos del concepto, cuál es el valor y los límites de cada uno de ellos, y en este aspecto mi propósito es también crítico.

5. Véase, por todos, N. Coviello, *Manuale di diritto civile*, p. 59; cf. también A. Ravà, *Istituzioni di diritto privato*, CEDAM, Padua, 1938, p. 52; F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, 1, p. 149. Puede ser interesante advertir que la voz «naturaleza de las cosas» no había aparecido en los diccionarios jurídicos más corrientes hasta el recientísimo volumen del *Novissimo Digesto Italiano*.

Antes de nada, cuando se afirma que la regla jurídica se extrae de la naturaleza de las cosas quiere aducir un argumento contra toda forma de voluntarismo jurídico, según el cual las reglas jurídicas son únicamente el producto de la voluntad del legislador. Y como el voluntarismo jurídico ha encontrado su más reciente encarnación en la doctrina imperativista del derecho, en esa doctrina que ha sido dominante en el último siglo entre los juristas, sobre todo en Alemania y en Italia, y para la que el derecho es el conjunto de los mandatos del legislador, la doctrina de la naturaleza de las cosas aparece ante todo como una forma de la reacción antiimperativista que camina paralela al renacimiento del derecho natural.

En segundo lugar, quienes afirman la posibilidad de derivar una regla jurídica de la naturaleza de las cosas pueden tener otro blanco: es la doctrina que eleva a fuente suprema del derecho a la ley y considera que no hay más reglas jurídicas que las derivables, directa o indirectamente, de la ley. Si a esta doctrina se le llama estatalista, el concepto de naturaleza de las cosas se presenta en esta segunda dirección como un aspecto de la polémica antiestatalista. Y, como tal, se inserta en el movimiento del pluralismo jurídico en antítesis con el monismo, también este predominante entre los juristas continentales desde la época de las grandes codificaciones, y camina en paralelo al renovado interés por la sociología jurídica.

En fin, la doctrina de la naturaleza de las cosas tiene una tercera dirección polémica que es, quizá, la más frecuente. Esta vez el blanco es el carácter dogmático de la jurisprudencia, es decir, la tradicional consideración de la jurisprudencia no como libre investigación del derecho, sino como forma de saber fundada en último análisis en el principio de autoridad, que ha encontrado como adversarios, sucesivamente, la escuela del derecho libre, la jurisprudencia sociológica y demás. Quienes proponen colmar las lagunas del ordenamiento jurídico recurriendo también a la naturaleza de las cosas se convierten en aliados de todas las corrientes que combaten el llamado fetichismo legislativo y que, para entendernos, podemos hacer entrar en la corriente del «realismo jurídico».

Considero oportuna esta distinción entre las tres direcciones polémicas de la doctrina de la naturaleza de las cosas porque, aun estando conectadas, tocan tres problemas distintos: la primera, el problema mismo del fundamento del derecho —esto es, si el derecho es razón o voluntad—; la segunda, el problema de las fuentes del derecho —esto es, si existen otras fuentes de derecho además de la ley y la costumbre—; la tercera, el problema de la interpretación jurídica o de los métodos de

6. A. Asquini, «La natura del fatti come fonte di diritto», *Archivio giuridico* LXXVI (1921), pp. 129-167.

movimiento de pensamiento, a mí me parece que es de alguna utilidad mantener diferenciado el análisis crítico porque, en mi opinión, en las tres distintas cuestiones son distintos los méritos y deméritos de la doctrina y sobre todo son de distinta naturaleza las dificultades que plantea.

3. *Naturaleza de las cosas contra voluntarismo jurídico*

En la primera dirección, la doctrina de la naturaleza de las cosas se presenta bajo muchos aspectos como una continuación de la doctrina del derecho natural. Representa la transformación que la doctrina del derecho natural sufre al pasar de manos de los filósofos a manos de los juristas. En otras palabras, es lo que queda de la teoría clásica del derecho natural en el paso de la filosofía racionalista de la sociedad a la sociología. Del derecho natural clásico permanece en la doctrina de la naturaleza de las cosas la exigencia de no detenerse en la voluntad del legislador como criterio jurídico supremo y el principio inspirador que lleva a encontrar este criterio de juicio en algo objetivo, sustraído al mudable juicio de los detentadores del poder político.

Respecto a la doctrina clásica del derecho natural, el concepto de naturaleza de las cosas, tal y como se entiende o se intuye por los juristas, evita al menos una de las graves objeciones con las que aquella se encuentra: la objeción derivada de la repetida constatación de que el *lumen naturae* en el que esa doctrina confía debe de ser muy débil cuando después de dos mil años de reflexión no hay institución jurídica de la que no se haya afirmado o refutado en una u otra ocasión su correspondencia con la naturaleza del hombre. Tras la doctrina de la naturaleza de las cosas hay una concepción de la naturaleza distinta a la de los iusnaturalistas. Estos tenían una concepción metafísica de la naturaleza, entendida como la totalidad de las leyes que rigen el universo físico y moral. Partiendo de la naturaleza humana en general, creían que podían deducir todo el sistema jurídico de algunos principios autoevidentes. Por el contrario, cuando un jurista habla de la naturaleza de las cosas no se refiere a la naturaleza general del universo humano, sino a los caracteres o elementos constitutivos de una relación o de una institución jurídica en una determinada sociedad históricamente condicionada. Por ejemplo, un iusnaturalista pretende deducir las normas que regulan la institución del matrimonio de la naturaleza del hombre y de la sociedad, abstractamente considerados; el jurista sociólogo se limita a pedir a la naturaleza de las cosas que le sugiera las normas más oportunas para regular el ma-

la jurisprudencia —esto es, si la jurisprudencia es una dogmática o una ciencia empírica—. Aun cuando los tres problemas estén conectados, y no hay quien no vea que representan tres aspectos distintos del mismo

convenientes dependiendo de un cierto fin. El iusnaturalista tiende a los valores últimos; la doctrina de la naturaleza de las cosas se contenta con establecer relaciones entre medios y fines. En este sentido la teoría de la naturaleza de las cosas puede ser considerada como un aspecto de la concepción general del derecho según la cual el derecho es una técnica de la convivencia social, que es, entre todas las concepciones del derecho, la que siempre me ha parecido más convincente.

No estoy seguro, sin embargo, de que la teoría de la naturaleza de las cosas evite la segunda objeción que se puede dirigir al iusnaturalismo clásico: la doctrina del derecho natural pretende derivar un juicio de valor, por ejemplo: «La sociedad es preferible al aislamiento», de un juicio de hecho: «El hombre tiene la tendencia a vivir en sociedad», cuando en realidad deriva el primer juicio de valor de otro juicio de valor, implícito pero no confesado, de este tipo: «La tendencia a vivir en sociedad es buena». También en los sostenedores de la naturaleza de las cosas como fuente de reglas jurídicas se revela una pretensión semejante. Ellos creen, o hacen creer, que las cosas a las que se refiere la experiencia jurídica —sean bienes, personas, comportamientos, relaciones intersubjetivas, instituciones— son de tal manera que de ellas, o de su constitución o esencia, se pueden obtener reglas jurídicas que, así, tendrían una especie de objetividad que no les correspondería si fuesen derivadas de juicios de valor.

En realidad, el procedimiento adoptado por el legislador, el juez o el jurista para producir reglas jurídicas desde la llamada naturaleza de las cosas es más complejo. Lo que el jurista aprende de la observación de la realidad, por ejemplo, de un comportamiento dado, es que este comportamiento en ciertas circunstancias produce ciertas consecuencias. Ahora bien, si es cierto que una regla técnica (y podemos considerar las reglas jurídicas como reglas técnicas) se deriva de la resolución de una relación de causa-efecto: «*A* produce *B*»; en una relación de fin-medio: «Si quieres el fin *A*, debes querer el medio *B*», es igualmente cierto que de la observación de que un comportamiento produce ciertas consecuencias, no obtengo necesariamente una regla, sino que puedo obtener al menos tres, según el distinto modo con el que se tome posición frente a las consecuencias: «Si quieres *A*, debes hacer *B*»; «Si no quieres *A*, no debes hacer *B*»; «Si *A* te es indiferente, puedes hacer o no hacer *B*». Pues bien, la distinta valoración que yo puedo dar a las consecuencias de una acción no deriva de la constatación de que tal acción tiene tales consecuencias, sino de la valoración de estas consecuencias como buenas, malas o indi-

trimonio en una sociedad concreta. Así, mientras un iusnaturalista está siempre atraído por el espejismo de la regla justa en sentido absoluto, el jurista sociólogo limita su ambición al descubrimiento de las reglas más

ser perseguido—, y no de la primera —cuál es el medio más idóneo para conseguir el fin—, se deriva la regla. Que la extensión de la práctica del aborto tenga como efecto la disminución de la población es un juicio de hecho. Que la práctica del aborto deba ser prohibida o permitida depende únicamente de la respuesta al siguiente juicio de valor: «La disminución de población, ¿es un bien o un mal?». En otras palabras, podemos decir que para sacar una regla de una cosa debemos considerar esta cosa como un medio para alcanzar un fin, esto es, atribuirle la cualidad de valor instrumental; pero esta cualidad es atribuible solamente en cuanto se presuponga un valor final que yo no extraigo de la naturaleza del comportamiento, sino de juicios de valor ulteriores en una cadena continua de valores finales que se convierten en instrumentales respecto a valores ulteriores hasta que se llega inevitablemente a los valores últimos: a valores no ulteriormente reductibles y de los que además derivan su valor todas las cosas de las que se compone ese sistema normativo dado.

Generalmente, estamos tan acostumbrados a los valores sociales expresados por el orden jurídico en el que vivimos que no nos damos cuenta de su presencia y consideramos meros hechos empíricamente constatables lo que, en realidad, no son más que expresiones de valoraciones precedentes. Por dar un ejemplo, no hay norma mejor que el artículo 84 del Código Civil italiano —que fija en 16 y 14 años la capacidad para contraer matrimonio del hombre y de la mujer, respectivamente*— que parezca obtenida «de la naturaleza de las cosas», o, en este caso, de la constitución física de los sujetos. En realidad, en esta norma tampoco la naturaleza de las cosas es más que el medio que se considera más propio para alcanzar cierto fin, que es el que en nuestra sociedad viene atribuido al matrimonio. Imaginemos una sociedad que se atribuye al matrimonio otros fines, por ejemplo, de carácter económico además del de la procreación, y aquellos límites de edad podrán ser elevados. No habría que sorprenderse de que en la evolución de nuestra sociedad esos límites de edad fuesen elevados si se considerase que para valorar la capacidad de contraer matrimonio hay que tener en cuenta otros requisitos además de los fisiológicos, por ejemplo, la capacidad económica.

El legislador cree leer en el libro de la naturaleza. En realidad lo interpreta.

4. *Naturaleza de las cosas contra formalismo*

En su segunda dirección polémica la doctrina de la naturaleza de las cosas

ferentes, es decir, de un juicio de valor. La constatación empírica me puede indicar cuál es el medio mejor para conseguir cierto fin, pero no me dice por qué este fin es más digno de ser perseguido que este otro. Pues solo de la respuesta a la segunda pregunta —cuál es el fin digno de

estricta observancia. Es un aspecto de la siempre recurrente rebelión de los hechos contra las leyes. Brevemente, se levanta contra el monopolio del derecho por parte de la ley y tiende a promover una visión más amplia y articulada de las fuentes del derecho, partiendo no ya de una ideología, como aquella para la cual solo la voluntad del legislador es fuente del derecho, sino de una consideración objetiva, crítica, sin prejuicios, de los hechos, que ve manar las reglas jurídicas del movimiento real de los individuos y de los grupos en una determinada sociedad.

Advierto antes de nada que la controversia entre partidarios de la sociología jurídica y partidarios del normativismo es, a mi juicio, una de esas controversias que podrían continuar indefinidamente porque los adversarios no se encuentran en el mismo terreno, ya que cada uno tiene razón desde su punto de vista y no reconoce que sea refutado por las razones del adversario. La doctrina de la naturaleza de las cosas, en cuanto que pretende presentarse como una contribución a la defensa de la sociología contra el formalismo jurídico aduciendo el pluralismo de las fuentes jurídicas, me confirma en esta sospecha. Y realmente, el debate sobre las fuentes del derecho solo puede conducir a una solución si los contendientes se ponen de acuerdo en dar a la expresión «fuente del derecho» el mismo significado. Pues bien, cuando un jurista sociólogo sostiene que la naturaleza de las cosas es fuente del derecho, ¿entiende la expresión «fuente del derecho» en el mismo sentido en el que el jurista tradicional llama «fuente del derecho» a la ley? Como es sabido, existen en el lenguaje jurídico al menos dos maneras de entender la expresión «fuente del derecho»: bien como fuente de derivación de una regla, bien como fuente de calificación. La diferencia fundamental entre una y otra fuente es que la primera puede estar constituida por un hecho o por una serie de hechos y la segunda está siempre constituida por una norma. Una regla, en cuanto se considere como un hecho, deriva de otro hecho; pero recibe su validez en un sistema por obra de otra norma. Si no se hiciese esta distinción, no se comprendería por qué algunas reglas con la misma fuente de derivación no son igualmente válidas en un sistema, por qué, por ejemplo, la equidad produce reglas, pero no todas las reglas producidas por la equidad son válidas en un determinado ordenamiento, sino solamente aquellas a las que una norma del sistema atribuye la calificación de normas jurídicas. De manera análoga, el comportamiento constante, uniforme, general, de los asociados produce reglas de conducta, pero, para que estas reglas sean reconocidas como válidas en un determinado sistema jurídico, es preciso que haya una norma en el sistema, no importa que sea explícita o implícita, que

se une a la teoría sociológica del derecho contra el positivismo jurídico de

* Texto derogado por la Ley de 19 de mayo de 1975, n.º 151 [*N. del T.*].

hecho basta que sea constatada; para que exista como derecho es necesario que sea reconocida como norma válida de un sistema, es preciso llegar hasta su fuente de calificación.

Cuando se pide que la naturaleza de las cosas sea considerada como fuente del derecho, ¿en qué sentido se habla de fuente del derecho? ¿En el sentido de fuente de derivación o en el de fuente de calificación? Me parece indudable que el sentido comúnmente acogido es el primero. En general quienes atribuyen a la naturaleza de las cosas el carácter de fuente de derecho se limitan a decir que se puede encontrar una regla de conducta considerando un cierto comportamiento como idóneo para alcanzar un fin deseado, pero no afirman al mismo tiempo que esa regla, solo por eso, sea válida, esto es, que valga como regla en un determinado sistema. Para que esa regla derivada de la naturaleza de las cosas sea válida es preciso que pueda ser reconducida a una de las fuentes de calificación del sistema. En particular, si se entiende por búsqueda de la regla a través de la naturaleza de las cosas el procedimiento inventivo y reconstructivo que se sirve de la relación medio-fin, como yo creo que es más oportuno entender y como veremos mejor en el epígrafe siguiente, esa búsqueda puede ser reconducida a un muy conocido procedimiento de la interpretación jurídica, a ese procedimiento interpretativo que se suele llamar «interpretación teleológica». En este caso, no me cabe duda de que la naturaleza de las cosas sirve de fuente de la que el intérprete deriva la regla, o bien de expediente hermenéutico del que se vale para encontrar una regla no expresa. Pero es igualmente indudable que lo que hace de la regla así encontrada una regla jurídica, esto es, una regla perteneciente a un sistema jurídico dado es una norma, como por ejemplo el art. 12 de las *Disposiciones preliminares* del Código Civil italiano, el cual autoriza al intérprete a buscar la regla no solo en las «palabras» sino también en la «intención del legislador». La naturaleza de las cosas sirve para encontrar la regla; pero es la norma que autoriza al intérprete a buscar la regla siguiendo la naturaleza de las cosas la que hace de la regla encontrada una regla jurídica. Así pues, también en esta acepción más restringida de la naturaleza de las cosas como fuente del derecho se hace inevitable la distinción entre el momento de la elaboración de la regla y el momento de la calificación jurídica. Y la naturaleza de las cosas aparece, en todo caso, en el primer momento y no en el segundo.

Además, la distinción sirve para aclarar los dos distintos campos en los que actúan la doctrina sociológica y la normativa del derecho y, por tanto, los límites del valor de la polémica que los juristas de ten-

una norma en el sistema, no importa que sea explícita o implícita, que atribuya a la costumbre valor de fuente del derecho. En otras palabras, la existencia de hecho de una costumbre no coincide con su existencia de derecho, esto es, con su validez. Para que una costumbre exista como

Que una norma corresponda a la naturaleza de las cosas puede ser una constatación de carácter sociológico o una exigencia de carácter ideológico; por el contrario, el jurista formalista afirma que para que una norma sea válida es necesario que pertenezca al sistema, independientemente del hecho de que corresponda o no a la naturaleza de las cosas. El primer problema es de contenido; el segundo de forma. Pero el jurista formalista no excluye con ello que las normas se puedan extraer de la naturaleza de las cosas, por lo que las críticas de los sociólogos no le afectan. Se limita a afirmar que este problema, el problema del origen de las reglas, es un problema sociológico y no jurídico, un problema relativo a la derivación de las normas jurídicas y no a su validez. Me parece difícil que el sociólogo pueda escapar a esta exigencia de una rigurosa distinción entre los dos campos.

El jurista, cuando ha interpretado la naturaleza, cree haber creado un sistema normativo, pero en cambio ha suministrado solamente el material para su construcción.

5. *Naturaleza de las cosas contra legalismo*

En su tercera dirección polémica la doctrina de la naturaleza de las cosas representa una reacción contra el fetichismo legislativo que se revela en una adhesión demasiado rígida a los textos legislativos por parte de los juristas, contra la actitud tradicionalmente dogmática de la jurisprudencia ante el sistema normativo constituido. Es una invitación a mirar más a los hechos que a las leyes, a abandonar el principio de autoridad por el de la investigación empírica, a conducir a la jurisprudencia por un camino en el que cada vez vaya pareciéndose menos a una disciplina teológica y cada vez más a una ciencia de hechos.

Considero oportuno mantener diferenciado el aspecto metodológico del ideológico en esta tercera cuestión. Desde el punto de vista metodológico creo que la discusión ganaría en claridad si el concepto de naturaleza de las cosas fuese ulteriormente analizado y especificado en sus distintas acepciones. Por mi parte, creo que cuando el jurista habla de la naturaleza de un objeto, de un sujeto, de un comportamiento o de una institución, se refiere a la relación medio-fin y presupone consciente o inconscientemente el principio fundamental de Ihering: «El fin es el creador de todo el derecho». La naturaleza de un objeto es para un jurista su idoneidad para servir de medio en el logro de ciertos fines; la naturaleza de un sujeto es su idoneidad para realizar ciertos actos en la obtención

dencia sociológica dirigen contra los juristas acusados de formalismo. El campo de los primeros es el de la existencia de hecho de una norma y el campo de los segundos el de la existencia de derecho o validez.

inspira para producir nuevas reglas desde la naturaleza de las cosas es la siguiente: «Si cierto fin es obligatorio (o está prohibido), deben considerarse obligatorios (o prohibidos) todos los medios objetivamente aptos para alcanzarlo».

Si es exacta esta interpretación del procedimiento interpretativo basado en la naturaleza de las cosas, este no difiere del procedimiento conocido con el nombre de «interpretación teleológica». Pero entonces se debe reconocer que es un procedimiento más corriente de lo que da a entender la genérica expresión «naturaleza de las cosas» y, lo que es más digno de atención, que es usado también por aquellos juristas (y son la mayor parte, al menos en Italia) que se profesan sus adversarios. Cuando el jurista acude a la intención del legislador, realiza en la mayor parte de los casos una interpretación teleológica, que procede en base a estos dos postulados: 1) el legislador es una persona razonable; 2) en cuanto persona razonable, adopta medios objetivamente adecuados a los fines que se propone. La intención del legislador es una ficción para uso del jurista ligado al dogma voluntarista, que tiene necesidad de atribuir al legislador el descubrimiento de aquella regla que él ha deducido de la investigación teleológica, esto es, tiene necesidad de fingir que es obra de un legislador razonable lo que es obra de su propia razón. Pero detrás de esta ficción está la búsqueda efectiva de la regla que, tanto en el caso de que venga atribuida al legislador como en el caso de que venga puesta como extraída directamente de la naturaleza de las cosas, nunca deja de ser una búsqueda basada en la idoneidad de ciertos medios para alcanzar ciertos fines. En el caso de las lagunas del ordenamiento jurídico, es opinión común que se puede recurrir a la naturaleza de las cosas solo donde el legislador ha dejado en libertad al juez para escoger los medios de integración más idóneos, pero no donde, como en el derecho italiano, han indicado los medios y entre esos medios no está incluida la naturaleza de las cosas. Pero esta opinión debe corregirse. Ante todo, la legislación, incluso cuando prevé la analogía como medio para colmar las lagunas, no establece la serie de requisitos en base a los cuales dos instituciones pueden considerarse semejantes: corresponde al intérprete establecer en cada ocasión si dos instituciones son semejantes y es sabido que el procedimiento más utilizado a este fin es precisamente la naturaleza de las cosas. Y no hablemos del caso en que se trate no ya de formular una regla, sino de encontrar la disciplina de una institución completa: el jurista en este caso, aunque no sea consciente, crea la disciplina sacándola de la naturaleza de la institución y no considera con ello que haga algo perturbador ni inconveniente. En

za de un sujeto es su idoneidad para realizar ciertos actos en la obtención de ciertos fines; la naturaleza de un comportamiento es su idoneidad en el logro de ciertos fines; y la naturaleza de una institución no es más que su función económico-social. La regla fundamental en la que el jurista se

obvia, que las cuestiones relativas a la disciplina de la institución, ante el silencio de la ley, deben ser resueltas «sobre todo» teniendo en cuenta «su naturaleza»[7].

Solo que reconocer que el método de extraer reglas de la naturaleza de las cosas es más habitual entre los juristas de lo que generalmente se afirma, aunque no sea explícitamente aceptado o sea llamado con otro nombre, no significa aducir un argumento decisivo —y aquí entra en juego el aspecto ideológico de la cuestión— en favor de una transformación de la ciencia jurídica en ciencia empírica, tanto se considere esta transformación ya producida o en acto como si se desea que se produzca para que la labor del jurista se haga más «científica» y más «apropiada a las condiciones de la sociedad contemporánea». Aun cuando se puede lamentar la excesiva rigidez del sistema jurídico, sobre todo en los ordenamientos continentales, aun cuando sea deseable una mayor libertad del jurista en el descubrimiento de las reglas, creer que la jurisprudencia puede dejar de ser una dogmática y convertirse en una ciencia empírica, lo que a fin de cuentas equivale a creer que a largo plazo puede ser totalmente sustituida por la sociología, me parece el fruto de una confusión entre el método sociológico y el método jurídico[8]. Esta confusión deriva de la no clara distinción entre dos distintos criterios de verdad, el principio de verificación empírica, propio de una investigación científica como la física o la biología, para las que la suprema prueba de la verdad o la falsedad de una proposición viene dada por la confirmación de la experiencia, y el principio de autoridad, propio de la jurisprudencia y de la teología, para las que la suprema prueba de la validez o invalidez de una norma viene dada por la correspondencia con lo que se considera como válido o inválido por una fuente particularmente acreditada de reglas, sea el legislador, la sociedad, el pueblo o el juez. Hoy hay en contraste dos concepciones de la jurisprudencia: la concepción lógico-sistemática y la concepción sociológica. Aun cuando la segunda sea menos rígida que la primera, no tiene el poder de transformar el trabajo del jurista en el de un físico o un biólogo: la jurisprudencia sociológica es una dogmática distinta a la dogmática de la jurisprudencia lógico-sistemática, porque el principio de autoridad al que apela es distinto al de su eterna adversaria, no es la voluntad del legislador sino la conciencia social; pero no deja de ser una dogmática, lo mismo que una teología modernista no deja de ser una teología. El jurista, cualquiera que sea el principio en que se inspire, cualquiera que sean las innovaciones que introduzca en los procedimientos interpretativos, tiene la ta-

un reciente estudio sobre el daño moral, al que el derecho civil italiano dedica un solo artículo, el autor, al tratar de dar una primera sistematización de conjunto de la institución, dice, como si fuera la cosa más

rea de establecer no lo que es, sino lo que debe ser. Pero lo que debe ser presupone un juicio de valor. Y un juicio de valor es siempre un juicio que no puede ser empíricamente verificado, sino todo lo más justificado con argumentos persuasivos. Y el argumento más habitual y más eficaz para persuadir a los demás es mostrar que ese juicio de valor está puesto o aceptado en última instancia por personas, reales o imaginarias, revestidas de prestigio o de poder superior: Dios, el legislador, el juez, la sociedad, el pueblo, los grandes juristas, la tradición y, en el caso límite, incluso la propia conciencia.

6. *Conclusiones*

Concluyo. Estoy dispuesto a reconocer la importancia de la presente revalorización de la noción de naturaleza de las cosas. Es un respiradero abierto hacia una mejor comprensión del trabajo del legislador, del juez y del jurista en la formulación de las reglas y, sobre todo, es un elemento constitutivo de la concepción del derecho como técnica de la convivencia social, que, como he dicho al comienzo, me parece más aceptable que cualquier otra. Pero la reconozco con dos condiciones: 1) que la noción de «naturaleza de las cosas» sea precisada y utilizada no como una fórmula sugestiva sino con un significado técnico riguroso; 2) que reconozca los propios límites y no pretenda abrir todas las puertas. Por lo que se refiere a la primera condición, tiendo a creer que el procedimiento empleado para obtener reglas de la naturaleza de las cosas coincide con el llamado razonamiento teleológico. Y por ello consideraría oportuno sustituir la demasiado vaga expresión de «naturaleza de las cosas» por la de «función económico-social» de una institución. En cuanto a la segunda condición, la carga polémica de la noción de naturaleza de las cosas se enfrenta con tres obstáculos que me parecen insuperables: la diferencia entre la búsqueda de los medios y la propuesta de los fines, entre el conocimiento de una regla y su legitimación o entre cualquier ciencia empírica y la ciencia jurídica.

El punto fundamental está para mí en caer en la cuenta de que no se trata de suprimir el momento sociológico por el normativo o viceversa, sino de delimitar los dos campos y reconocer la distinción de los problemas que a ellos se refieren.

7. R. Scognamiglio, «Il danno morale»: *Rivista di diritto civile* III (1957), p. 279.
8. Véase para ello el análisis de A. David, «Metodo sociologico e metodo giuridico»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XXXIV (1957), pp. 300-313.

Apéndice A

DE NUEVO SOBRE EL DERECHO NATURAL*[1]

Entre las recientes defensas del derecho natural escojo, para abrir un debate, la presentada por John Wild en el libro *Plato's Modern Enemies and the Theory of Natural Law* (The University of Chicago Press, 1953)[2]. Me fijo en ella porque el autor hace saber claramente qué entiende por derecho natural, a diferencia de la mayor parte de sus actuales defensores, que se pierden en generalidades, y expone ordenadamente su propio pensamiento haciendo uso de argumentos teóricos, a diferencia de los apasionados e improvisados iusnaturalistas actuales que recurren a argumentos retóricos o sugestivos, como el que pone en relación los horrores de las dictaduras y las guerras contemporáneas con la crisis del derecho natural.

El libro de Wild toma como punto de partida una serie de escritos anglosajones, entre los que el más conocido es el de Karl Popper que, en el ámbito del renovado empirismo, forman una verdadera corriente antiplatónica: estos escritores, por diversas vías, han acusado a Platón de ser un pensador antidemocrático, precursor del moderno totalitarismo, del racismo, del fascismo, etc. Pero la defensa de Platón no es más que el punto de partida de la obra. Wild responde que no se comprenderá a Platón mientras no se comprenda la teoría del derecho natural, de la que la ética platónica no es más que una manifestación, y que no se comprenderá la teoría del derecho natural mientras no se caiga en la cuenta de que ella es la más acabada elaboración de una concepción realista y objetivista de la ética, que es, en definitiva, *realismo ético*. Pero los actuales enemigos de Platón no pueden comprender una ética relativista y objetivista porque son subjetivistas, irracionalistas, emotivistas, convencionalistas, relativistas, precisamente como lo eran sus enemigos de antaño, los sofistas. A la confutación de la nueva sofística está dedicado el libro, cuya tesis central es la siguiente: la doctrina del derecho natural es una doctrina ética realista, más aún, es la doctrina realista por excelencia, porque funda el valor sobre el hecho y, como tal, se opone a todas las doctrinas éticas subjetivistas que separan la esfera de los valores de la de los hechos.

Como puede verse, Wild nos sitúa en el mismo medio de la polémica contemporánea sobre el fundamento de los valores. Para explicar qué significa que la teoría del derecho natural funda el valor sobre el hecho, el autor define la ley de la naturaleza (que identifica con la ley moral) de este modo: «un modelo universal de acción, aplicable a todos los hombres, en cualquier lugar, requerido por la naturaleza humana misma para su perfeccionamiento (*completion*)» (p. 64). Las tesis que forman la base sobre la que está construida esta definición son: 1) existen tendencias *comunes* a todos los hombres; 2) en la medida en que estas tendencias son comunes, son *naturales*; 3) la realización de estas tendencias es la *perfección* de la naturaleza humana; 4) la perfección de la naturaleza humana es aquello que para el hombre es el *bien*; 5) toda acción orientada al logro de la perfección es *buena*, toda acción que la obstaculiza es *mala*. Es claro que con este planteamiento del problema moral se pretende: *a*) que sea posible formular normas de conducta que tengan una validez universal; *b*) que el contenido de estas normas provenga directamente del estudio (objetivo, científico) de la naturaleza humana. En otras palabras, se pretende que, precisamente porque el contenido de las normas del derecho natural proviene de la observación de los hechos (y no de impresiones o emociones subjetivas), estas normas pueden aspirar a valer universalmente.

No tengo intención de exponer por entero el libro de Wild, sino solo de discutir su tesis acerca del derecho natural. Centraré la discusión sobre dos puntos: 1) si la reconstrucción que ofrece Wild de la teoría del derecho natural es la única históricamente legítima; 2) si, en caso de que

* Traducción de Andrea Greppi.

1. El libro de John Wild, al que está dedicada la presente nota, ha sido ampliamente discutido también por Kelsen en un artículo que apareció junto con el mío: «A Dynamic Theory of Natural Law»: *Louisiana Law Review* XVI (1956), pp. 597-620, y que más tarde fue recogido en el volumen *What is Justice?*, California University Press, Berkeley/Los Angeles, 1957, pp. 174-197 [¿Qué es la justicia?, trad. de A. Calsamiglia, Ariel, Bar-

celona, 1982]. También la crítica de Kelsen, sutil y convincente, gira en torno a la confusión, en la que habría incurrido Wild, entre el mundo de los hechos y el mundo de los valores.

2. Las referencias a las páginas de esta edición figuran entre paréntesis en el cuerpo de texto.

la doctrina del derecho natural con el realismo ético. Por el contrario, la historia de esta doctrina nos muestra que bajo el nombre de derecho natural han sido sostenidas doctrinas que tienen también otras características diferentes. Pienso, por ejemplo, que sería igualmente legítimo afirmar que la teoría del derecho natural representa, no ya la más perfecta y consecuente expresión del realismo ético, sino la más perfecta y consecuente expresión del *racionalismo* ético, si por racionalismo se entiende la doctrina dominada por la idea de que existen unos pocos principios éticos generalísimos autoevidentes de los que es posible obtener, con método deductivo, normas concretas de conducta. Todavía hoy la gran atracción que la doctrina del derecho natural ejerce sobre los moralistas, sobre los legisladores, sobre los reformadores de las costumbres sociales, sobre quienes se lamentan del destino de la civilización, viene de la confianza que ella ha sabido inspirar, a través de pensadores autorizados y de una larga y siempre renovada tradición de pensamiento, en la posibilidad de extraer normas particulares de conducta a partir de alguna norma generalísima cuyo criterio de verdad es la evidencia. Santo Tomás habla de *principia communia et indemostrabilia*, Suárez de *principia morum per se nota*. La doctrina católica del derecho natural, siguiendo las huellas de santo Tomás, considera que todo el sistema del derecho natural se funda sobre un único postulado ético: *Bonum faciendum, male vitandum*, y que esta es la única norma de derecho natural en el sentido propio y riguroso de la expresión. No es mi propósito detenerme en la crítica de esta doctrina y discutir si esta interpretación del derecho natural no es quizá todavía menos sostenible que la única presentada como válida por Wild. Puede observarse que las proposiciones generalísimas que el racionalismo ético persigue y descubre o son proposiciones sintéticas, como por ejemplo: «No matarás», y entonces no son evidentes, como prueba el hecho de que no son en absoluto válidas en toda circunstancia; o son analíticas y evidentes, como «Haz tu deber», y entonces son tautológicas. En efecto, «Haz tu deber» no tiene más significado que: «Debes hacer aquello que debes hacer». Respecto de la máxima *Bonum faciendum, male vitandum*, o es analítica, si por *bonum* se entiende aquello que debe hacerse, pero entonces *bonum faciendum* significa «debe hacerse aquello que debe hacerse»; o es sintética, si por *bonum* se entiende la felicidad, la perfección, el interés, etc., pero entonces deja de ser evidente y no puede pretenderse que valga universalmente. Por lo demás, dejando de lado la cuestión sobre la sostenibilidad o no del racionalismo ético, es históricamente comprobable que gran parte del jus-

lo sea, ha conseguido demostrar la derivación de un sistema normativo a partir de una ontología.

Comencemos por el primer punto. Wild parece no tener dudas sobre la identificación, que él ha llevado a cabo y sobre la que insiste, de

Pero aceptemos, con Wild, que la ética iusnaturalista coincide por entero con el realismo ético. La discusión se desplaza entonces sobre el segundo punto, relativo a la legitimidad del realismo ético, de la manera en que ha sido expuesto y defendido nuestro autor. El cual, partiendo de la definición de derecho natural que hemos mencionado, confuta cinco objeciones tradicionales (que él llama malentendidos) del derecho natural. Me limito a considerar si ha conseguido encontrar buenos y nuevos argumentos para defender el derecho natural frente a tales objeciones, examinando una a una tanto las objeciones como las respuestas.

Primera objeción: «El derecho natural tiene su fundamento en una teleología difícilmente controlable por medio de la experiencia». En otras palabras, cuando se atribuyen fines a la naturaleza, como hace el iusnaturalismo cuando habla de tendencias o inclinaciones naturales, no se hace más que proyectar ingenuamente sobre la naturaleza propósitos subjetivos no controlables empíricamente. Wild responde «El mundo es dinámico y fluye sin cesar [...] Si el cambio es realmente un dato primario, la tendencia debe ser reconocida como un hecho ontológico fundamental, que nada tiene que ver con la proyección de un propósito subjetivo o una teleología, en el sentido ordinario de esa palabra [...] Si estos hechos ontológicos son claramente reconocidos, la noción de bien como realización de una tendencia y la de mal como impedimento de la misma, dejará de ser extraña o dudosa» (p. 75).

Demos por buena la constatación inicial, esto es, que el ser humano sigue ciertas tendencias y que dichas tendencias están destinadas a realizarse. Lo que sucede es que Wild no se limita a esta constatación: considera posible deducir de ella un criterio para distinguir entre el bien y el mal. Sin embargo, para poder afirmar de manera consecuente que es un bien la realización de una tendencia y un mal la falta de realización no hay más que dos vías: *a*) sostener que es buena la realización de todas las tendencias, de cualquier tendencia en cuanto tal; *b*) sostener que es buena la realización de algunas tendencias y otras no.

Cuando seguimos el primer camino no estamos en absoluto haciendo derivar un juicio de valor («la realización de las tendencias es buena») de un juicio de hecho («la naturaleza del hombre se compone de tendencias que van camino de realizarse»). En realidad, afirmamos que la realización de todas las tendencias es buena solamente porque atribuimos a todas las tendencias, por el mero hecho de ser tales, un valor positivo y, por tanto, porque presuponemos, si bien de forma inconsciente, un juicio de valor de este tipo: «Toda tendencia, en cuanto tal, es buena»; o, en otras pala-

naturalismo confluye y se identifica en él. Es discutible por tanto la tesis fundamental de Wild que, al identificar iusnaturalismo y realismo ético, tiende a atribuir una dirección unívoca al iusnaturalismo y, por esta vía, cree posible confirmar su valor histórico y reforzar su prestigio teórico.

bre el hecho, sino del valor sobre otro valor, de manera que no es la solución del problema, sino solo un primer reenvío.

Que toda tendencia sea por sí misma buena no es más que la expresión de un iusnaturalismo bastante rudimentario, de una visión mítica de la naturaleza que poco tiene que ver con la experiencia: la cual nos pone siempre ante los ojos tendencias en conflicto, y dos tendencias en conflicto no pueden ser ambas buenas. Se entiende que un pan-naturalista, para sostener que toda tendencia de la naturaleza es buena, negará que haya tendencias en conflicto; y ante el hecho de que el pez grande tiende a comerse al pez chico afirmará que el conflicto no existe porque, aunque es verdad que el pez grande tiene la tendencia a comerse al chico (y, por tanto, es bueno que lo haga), también lo es que el pez pequeño tiene la tendencia a dejarse comer (y, por tanto, es bueno que se lo coman), de modo que en el acto de comer y dejarse comer ambos peces realizan sus propias tendencias. Ahora bien, es lícito poner en duda que un razonamiento de este tipo, que muestra una indiferencia tan absoluta ante la naturaleza, pueda todavía sostenerse en el mundo de los hombres. Y no diría que esta haya sido la vía generalmente seguida por los iusnaturalistas. Ha habido, es cierto, quien ha querido justificar la esclavitud diciendo que hay hombres que tienen una tendencia natural a dictar órdenes y otros que tienen una tendencia a servir, de donde se desprende que también aquí tanto el amo como el esclavo, uno en el acto de ordenar y el otro en el de obedecer, realizan su naturaleza y que, por tanto, la naturaleza es un todo ordenado y armónico en el que no se dan conflictos de tendencias. Pero los iusnaturalistas han fundado por lo general sus sistemas sobre un determinado grupo de tendencias bien distintas de otras, por ejemplo sobre las llamadas tendencias sociales, atribuyendo a las tendencias sociales un valor positivo y a las antisociales un valor negativo. De las dos vías indicadas más arriba, parece que los iusnaturalistas y, como veremos a continuación, también el propio Wild han seguido principalmente la segunda.

Pero también la segunda vía conduce, y de forma todavía más manifiesta, a descubrir el error del naturalismo ético. Si el bien es solamente la realización de una tendencia buena, el mero hecho de que una tendencia haya sido realizada no constituye un bien; la atribución de un valor positivo a su realización no es más que la consecuencia de una previa atribución de valor positivo a esa tendencia, de modo que también aquí el juicio de valor se deduce no ya de un juicio de hecho sino de un juicio de valor anterior. En este caso, la realización de una tendencia es algo

bras: «Una tendencia, cualquiera que sea, tiende hacia el bien». Pero entonces la afirmación: «Es buena la realización de una tendencia» es reducible a esta otra: «Es buena la realización de aquello que tiende al bien», lo cual, como puede entenderse, no es una fundamentación del valor so-

cen. Es lo que sucede, por ejemplo, en Hobbes, para quien la tendencia natural originaria que él cree haber constatado objetivamente, el instinto de conservación, es una tendencia dañina, de manera que todo su sistema ético-político es un sistema de frenos o de impedimentos a la tendencia natural. Realización e impedimento de una tendencia no tienen, por tanto, un signo constante, sino que tienen signos distintos según la naturaleza de la tendencia en cuestión, de manera que no puedo prescindir de una valoración preliminar ni afirmar que todo aquello que opera en el sentido de la realización sea un bien y todo aquello que opera en sentido contrario sea un mal.

Por lo demás, la dificultad que se nos presenta en este momento, y también a Wild, resulta más clara al examinar la segunda objeción.

Segunda objeción: «El derecho natural es un modelo moral vago e indeterminado». Esta objeción valdría contra quien sostuviera, siguiendo la primera vía antes mencionada, que toda tendencia, en cuanto tal, es buena. Wild, sin embargo, como ya se ha dicho, no sigue esta vía, como queda claro sobre todo en la discusión de esta segunda objeción. Responde, en efecto, que el derecho natural no apela a la existencia en general y no afirma, por tanto, que todo aquello que llega a existir es un bien (es la consecuencia a la que llega, como hemos indicado, el naturalismo rudimentario): sino que se funda sobre el concepto de existencia natural que, como tal, se distingue del de existencia no natural y, por consiguiente, introduce un criterio de distinción entre lo que es natural y lo que no lo es. De aquí debería desprenderse que no toda tendencia es buena, sino que lo es únicamente aquella que es natural. A partir de ahí, para que una tendencia pueda ser considerada como natural han de darse dos requisitos: 1) que sea común a todos los miembros de la especie; 2) que su realización sea necesaria para la «supervivencia de la vida humana» («for the living of human life») (p. 77). Por ejemplo: la necesidad de alimentos es natural porque es común a todos los hombres y es esencial para la vida humana.

Es claro que Wild, siguiendo la segunda vía, que lleva a distinguir tendencias cuya realización es un bien (y son tendencias buenas) y tendencias cuya realización es un mal (y son tendencias malas) ha intentado establecer un criterio para distinguir las tendencias buenas de las malas. Se trata de ver si dicho criterio proviene efectivamente, como él quiere hacernos creer, del estudio objetivo de la naturaleza y no, como consideramos nosotros junto con los críticos del iusnaturalismo, de un criterio de valor previamente asumido, esto es, en otras palabras, si el autor ha conseguido definir la tendencia natural (aquella que para él es una tendencia buena) sin recurrir al uso de términos de valor. No nos deje-

un poco bueno en sí mismo que, en el caso de una tendencia mala, el bien no está en su realización sino en su impedimento. Si yo construyo mi sistema ético partiendo de una tendencia mala, mi esfuerzo consistirá en establecer reglas de conducta que, en lugar de realizarla, la obstaculi-

neutral ha servido a lo largo de la historia de la filosofía para dar una apariencia de objetividad a las ideologías más heterogéneas.

De los dos requisitos indicados por Wild, puede admitirse que el primero: «Es natural aquello que es común a todos los miembros de la especie» ha sido definido con términos puramente descriptivos y no implica un juicio de valor. Pero precisamente en la medida en que ha sido expresado con términos descriptivos este requisito no es suficiente, por sí mismo, para distinguir una tendencia natural de una que no lo es, si es que debe entenderse por tendencia natural la que es buena y por tendencia no natural la que es mala. Hace tiempo ya que los moralistas han observado que son comunes a todos los hombres las tendencias más dispares; y han sido precisamente los iusnaturalistas los que no se han fiado nunca demasiado de esta identificación entre lo «natural» y lo «común». Es la que Grocio denomina prueba «a posteriori» del derecho natural, añadiendo que, respecto a la prueba a priori, es menos cierta. Hobbes y Pufendorf confutan severamente el argumento basado en el *consensus omnium gentium*. ¿Y cómo? La esclavitud era común, antes del cristianismo, a todos los pueblos. ¿Y acaso por ello era derecho natural? El matar animales para comerlos es común a todos los pueblos civilizados de nuestros días. ¿Debemos por tanto considerarla como una tendencia natural y, por tanto, buena? ¿Qué tendrán que decir, al respecto, las generaciones futuras?

Solo el segundo requisito introduce una distinción entre tendencia y tendencia. Pero ¿acaso sigue siendo, como el primero, neutral? Es un requisito que nos informa de que una tendencia, para ser natural, debe perseguir la continuación de la vida. Pero ¿es eso suficiente para establecer que la realización de toda tendencia que persigue la continuación de la vida es un bien? Lo será únicamente si presuponemos que la vida es un bien, es decir, si formulamos un juicio de valor. Intentad contarle a quien no tiene aprecio por la vida que la realización de una tendencia que busca la conservación de la vida es un bien porque es natural y responderá que, para él, sea o no natural, esa tendencia no es una tendencia buena y que, por tanto, el hombre debe tender no a realizarla sino a impedirla. La distinción entre tendencias buenas y tendencias malas que buscábamos en los hechos reside en realidad solamente en una distinción de valores, en un criterio supremo de distinción entre aquello que es un bien y aquello que es un mal: tendencia buena, o natural, cuya realización es un bien, es aquella que tiende al bien; tendencia mala, o no natural, cuya realización es un mal, es aquella que tiende al mal. Pero en-

mos engañar por el término «natural» que se presenta como un término descriptivo y, por tanto, neutral. Recordemos que bajo sus amplias alas han tenido cabida las cosas más dispares y que su uso aparentemente

Hemos ido lanzando de un lado a otro el concepto de bien, llevándolo de la consecuencia al principio, pero el propósito principal, que era el de llegar de una vez por todas a los hechos y, sobre ellos, descansar en tierra firme, no ha sido alcanzado.

¿Pero era un ideal razonable? La meta propuesta por Wild de fundar el valor sobre el hecho ¿es una meta alcanzable? Si hay un error, ¿se trata de un error material o de un error de lógica? Esto es lo que se intentaremos precisar discutiendo la tercera objeción.

Tercera objeción: esta objeción está tomada de la crítica que Moore dirige a la definición de bien (*Principia ethica*, pp. 5 ss.). Moore afirma que el término «bien» es indefinible porque es una noción sencilla como «amarillo» y que, igual que no puede explicarse qué es amarillo a quien no sepa previamente qué es amarillo, así no es posible explicar qué cosa es el bien. Hare, que ha retomado recientemente esta crítica de Moore al naturalismo ético (*The Language of Morals*, pp. 83 ss.), elabora su demostración con el siguiente ejemplo. Para definir un buen cuadro en términos descriptivos puedo decir esto: «Buen cuadro es aquel que suscita admiración entre los miembros de la Academia Real». A título de comentario observo que este ejemplo es menos extraño de lo que parece: si quiero decir que lo que estoy bebiendo es un buen vino y quiero dar a mi afirmación la apariencia de una validez objetiva es probable que yo diga que este vino es bueno porque así ha sido considerado por catadores de contrastada competencia y quizá incluso legalmente autorizados. Sin salir del campo del derecho, el ciudadano, los juristas, los jueces tienden a considerar como buena aquella norma que así ha sido considerada por quienes están autorizados a dictarla (el llamado legislador). Nuestra conducta como ciudadanos se basa sobre una constante presunción de esta naturaleza: «Buena norma es aquella que ha sido aprobada por los órganos competentes para dictar normas jurídicas».

Pero, con proposiciones como estas, ¿llegamos acaso a definir el término de valor con una proposición descriptiva? Veamos: ¿por qué hemos hecho referencia a una categoría determinada de personas? Porque consideramos que esas personas son las que están dotadas de una particular sensibilidad para distinguir, en un campo determinado, entre lo que es bueno y lo que es malo: los miembros de la Academia Real son presuntamente personas de buen gusto; los catadores autorizados, expertos en vinos; el legislador, una persona rica de eso que suele llamarse el sentido de justicia. ¿Pero qué significa tener buen gusto, tener un fino paladar o sentido de justicia? Significa, y no puede no significar, tener la capacidad de

tonces decir que la realización de la tendencia natural es un bien —aquello en lo que Wild fundaría el principio del realismo y el objetivismo ético— equivale a decir que es un bien aquello que realiza la tendencia al bien, que no es un principio más objetivista que cualquier otro principio.

buen gusto son aquellas que tienen una particular capacidad para admirar los buenos cuadros, decir que «buen cuadro es aquel que despierta la admiración de los miembros de la Academia Real» equivale a decir «buen cuadro es aquel que despierta la admiración de aquellas personas que admiran los buenos cuadros». Análogamente, con el buen vino y las buenas normas. Como puede verse, la proposición de la que habíamos partido era solo aparentemente descriptiva: en realidad remite al mismo término de valor que se pretende definir.

Ahora bien, no me atrevería a decir que Wild haya conseguido superar esta dificultad; es más, diría que con la defensa que intenta llevar a cabo ante esta objeción no hace más que caer en la trampa de su adversario. Cree, una vez más, haber definido el bien en términos descriptivos, cuando lo hace de esta manera: «Bien es aquella actividad que una determinada naturaleza precisa para su perfección» (p. 83). ¿Pero qué es la perfección? «Perfección» es, nuevamente, un término de valor, es decir, un término por medio del cual tomamos posición ante algo para aprobarlo o condenarlo. Pero entonces Wild ha definido un término de valor por medio de otro término de valor y el problema que él pretendía resolver ha vuelto a quedar desplazado. En efecto, para definir a su vez la perfección o caerá en un círculo vicioso, diciendo por ejemplo: «La perfección es aquel estado que se alcanza realizando actos buenos»; o bien, para evitar el círculo vicioso, introducirá otros términos de valor. En definitiva, cada vez que Wild insiste en que el valor está fundado sobre el hecho lo que hace es introducir nuevos términos de valor; en el momento en que intenta demostrar que los adversarios están equivocados, les ofrece argumentos que les dan la razón.

Cuarta objeción: «La teoría del derecho natural deriva de una confusión entre leyes naturales en sentido descriptivo (las leyes científicas que derivan de la observación de los hechos) y leyes naturales en sentido prescriptivo (las leyes o, mejor, las normas que derivan de la aceptación de determinados valores)». Wild responde que las leyes descriptivas y las prescriptivas son diferentes, como también lo son la esfera del conocimiento y la de la acción, pero no están separadas; y por tanto «las normas no son puramente arbitrarias y preferenciales, sino que se fundan en la naturaleza» (p. 83). Lo que es bueno para un ente —precisa reiterando una vez más la tesis principal— depende de la naturaleza de ese ente: lo que es bueno para un hombre no es bueno para un pez. «Por ello, el fin natural de cualquier proceso o tendencia puede ser adecua-

ciudo de justicia significa, y no puede no significar, tener la capacidad de admirar los cuadros buenos o, respectivamente, apreciar los buenos vinos o comprender las exigencias de la justicia. Llegamos así a la siguiente dificultad: si un buen cuadro es aquel que suscita admiración entre personas de buen gusto que son miembros de la Academia Real, y las personas de

biando la causa con el fin y el efecto con el medio, entonces la tesis que propone no suscita particulares dificultades. No es improbable que quien considera que la propiedad individual es socialmente útil y debe, por consiguiente, ser impuesta jurídicamente haya llegado a esta opinión mediante un razonamiento de este tipo: «La propiedad privada hace que los hombres se vuelvan más trabajadores y austeros. Si se quiere que los hombres sea más trabajadores y austeros es preciso concederles el ejercicio de la propiedad privada». Claro, respecto de su contenido, las normas jurídicas no son, generalmente, arbitrarias y, por el contrario, derivan de observaciones empíricas, más o menos amplias y profundas, sobre la constitución y el comportamiento de los hombres, realizadas con espíritu más o menos científico según los tiempos y lugares. No hay duda, por ejemplo, de que el art. 84 del Código Civil [italiano]*: «No podrá contraer matrimonio el hombre que no haya cumplido 16 años y la mujer que no haya cumplido 14», deriva de la observación empírica de que los hombres y las mujeres llegan a la pubertad, respectivamente, en edades distintas. Las dos fechas, establecidas en este artículo, ni son arbitrarias ni están basadas en preferencias.

Pero aunque una determinada observación de la naturaleza puede indicar los medios para obtener el fin, pues una ley científica o cualquier generalización empírica puede ofrecer el contenido de una norma de conducta, lo que dicha observación no puede es sugerir el fin, cuya aceptación depende de valoraciones que no derivan de esa ley o generalización y que, sin embargo, constituye el fundamento mismo de la norma (eso que los juristas llaman *ratio legis*). Que sea necesaria la propiedad porque hace a los hombres más laboriosos y austeros es una regla que presupone la elección y, por tanto, el acuerdo sobre la laboriosidad y austeridad como valores positivos. La norma que establece a qué años es lícito contraer matrimonio presupone el acuerdo sobre la asignación al matrimonio de unos fines y no otros, esto es, presupone un conjunto de valoraciones que ningún estudio sobre la edad de la pubertad está en condiciones de proporcionar. La relación entre juicios de hecho y juicios de valor es más compleja de lo que Wild parece considerar y los argumentos que él ofrece para inspirar confianza en la derivación sin residuos de una proposición prescriptiva a partir de una descriptiva no son suficientemente convincentes. El estudio de la naturaleza puede indicar qué medios son adecuados para alcanzar un fin; pero lo que no puede es indicar la bondad del fin, a menos que lo considere, a su vez, como medio para un fin ulterior. El juicio que dicho es-

damente determinado solo a través de un conocimiento comprensivo de una naturaleza que ha de ser realizada y perfeccionada» (p. 83).

Si Wild, con esta respuesta, no quiere decir nada más que esto: que la ley científica puede transformarse en una norma de conducta y, más concretamente, en ese tipo de normas que se denominan técnicas, cam-

rado en sí mismo y, por tanto, siempre un juicio de hecho y nunca un juicio de valor. Y sin embargo, repito, toda regla de conducta presupone un juicio de valor.

En segundo lugar, incluso sin desconocer la importancia del estudio de la naturaleza humana para la formación de las normas jurídicas que deben regular, precisamente, la conducta de los seres humanos, no se entiende qué puede tener que ver este estudio de la naturaleza humana con la tradicional doctrina del derecho natural. Entendería, más bien, el nexo entre el estudio de la naturaleza humana y lo que los juristas llaman «naturaleza de las cosas»; pero la «naturaleza de las cosas» es, precisamente, el conjunto de nociones sobre las «cosas» destinadas a ser objeto de regulación jurídica, que nos proporcionan la biología, la psicología, la sociología, en suma, las ciencias empíricas que, a través del estudio del ser humano, nos ofrecen generalizaciones empíricas útiles para la formulación de normas de conducta. Pero entre la doctrina del derecho natural y el estudio de la naturaleza de las cosas hay un buen trecho. La doctrina del derecho natural ha tenido pretensiones más altas que las que animan a los juristas positivos cuando afirman que una buena norma debe extraerse del estudio cuidadoso de la naturaleza de las cosas. Si no hubiese sido algo distinto y más ambicioso, dicha doctrina no se habría visto contrapuesta, tradicionalmente, a las aproximaciones a las que suelen llegar los juristas positivos. El mérito de la doctrina del derecho natural ha sido no ya el haber servido de fundamento a las normas, individualmente consideradas, en las formas y con los propósitos de una investigación empírica, sobre el conocimiento de los hechos, sino el haber descubierto algunas leyes supremas de la naturaleza humana, de las que pudieran extraerse todas las normas particulares de la conducta. Los iusnaturalistas se han propuesto constantemente descubrir normas superiores, que tuvieran un valor absoluto y universal, y de ahí ha tomado cuerpo la constante contraposición entre el derecho natural y el derecho positivo. Pero esta pretensión de incondicionalidad no hubiera llegado nunca a realizarse por medio del estudio empírico de la naturaleza, cuya característica es la continua revisabilidad y la aproximación generalizante, antes que la universalidad omnicomprensiva. El realismo del derecho natural es un realismo metafísico. Pero el realismo hacia el que hemos sido llevados por las respuestas que el propio Wild elabora para defenderse de sus adversarios es más bien el realismo científico que, a decir verdad, no parece haberse cruzado nunca en el camino recorrido por la tradición del derecho natural.

tudio puede ofrecerme es siempre únicamente un juicio de conveniencia entre medios y fines, nunca un juicio sobre la bondad del fin conside-

* Texto derogado por la Ley de 19 de mayo de 1975, n.º 151 [*N. del T.*].

ciones históricas y políticas, más abiertas a las preferencias personales. Wild, devolviendo la acusación contra el escepticismo y el relativismo morales, opina que «un estudio libre de prejuicios de la historia de Occidente mostraría que, lejos de haber provocado indiferencia social y letargo moral, la teoría del derecho natural ha estado estrechamente conectada con los movimientos progresistas más importantes que han influido sobre la civilización occidental» (p. 98).

Sobre este punto me limitaré a observar que tanto la apología como la condena están, desde una perspectiva histórica global, fuera de lugar. Bajo el nombre de derecho natural han sido sostenidas en momentos diversos, como ha observado en numerosas ocasiones Kelsen, doctrinas conservadoras y revolucionarias, doctrinas orientadas a justificar el orden existente y doctrinas orientadas a subvertirlo. Agradecemos, sin embargo, a Wild que nos haya facilitado graciosamente el argumento que con más frecuencia emplean los actuales paladines del derecho natural, los cuales ponen en relación las guerras, matanzas y desastres de nuestro tiempo con la crisis del derecho natural. Los hombres no han esperado a la crisis del derecho natural para degollarse entre sí. Los hombres se enfrentaban y se mataban también en aquellos tiempos felices en que teólogos, filósofos y juristas estaban firmemente convencidos y eran unánimes defensores del derecho natural. Los valores no se fundan inmediatamente, como hemos visto, sobre los hechos, pero tampoco los hechos se derivan inmediatamente de los valores.

Quinta objeción: «La doctrina del derecho natural es fundamentalmente conservadora y contraria a todo progreso social. Como tal, ha tenido una influencia reaccionaria en la historia». Con esta objeción salimos del campo de las disputas teóricas y entramos en el de las valora-

Apéndice B

LA NATURALEZA DE LAS COSAS EN LA DOCTRINA ITALIANA*

1. El debate sobre la «naturaleza de las cosas» fue introducido en Italia, a finales del siglo pasado, por estudiosos de derecho mercantil. Por su naturaleza y origen, el derecho mercantil ha sido siempre un campo en el que las fuentes del derecho distintas a la ley, como la costumbre y la elaboración científica, habían ofrecido una mayor resistencia al fatídico proceso de monopolización del derecho por parte del Estado. En los mayores tratados alemanes de derecho mercantil de la segunda mitad del siglo pasado, en los que se inspiraban los estudiosos italianos, aparecía casi constantemente la naturaleza de las cosas como fuente del derecho junto a la ley y a la costumbre; y era la fuente del derecho de la que se obtenía el material propio y que justificaba su autonomía, junto con el derecho legislativo y el derecho consuetudinario, el derecho científico. Goldschmidt, después de haber afirmado que toda relación social trae consigo «seine angemessene, natürliche Rechtssätze» [sus preceptos adecuados y naturales], sostenía que la más alta tarea de la ciencia jurídica consiste en el descubrimiento y la formulación del derecho inmanente a las cosas mismas[1]. Thöl y Behrend situaban la naturaleza de las cosas y el derecho científico en el mismo capítulo; y, el primero, después de haber especificado que la ciencia jurídica puede extraer reglas jurídicas «aus factischen Grundlagen, aus der Natur der Sache, der Verhältnisse, der Institute, des Thatbestandes, also aus dem Factischen» [de bases fácticas, de la naturaleza de la cosa, las circunstancias, los institutos, el estado de cosas, esto es, de lo fáctico] concluía, con una afirmación que mostraba la enorme importancia de la naturaleza de las cosas como fuente de derecho en el desarrollo del derecho mercantil: «Ein grosser Theil des Handelsrechts besteht aus solchen aus der Natur der Sache folgenden Rechtssätzen» [Buena parte del derecho mercantil consiste en semejantes preceptos dimanantes de la naturaleza de la cosa][2].

Uno de los fundadores de la ciencia del derecho mercantil en Italia, Cesare Vivante (nacido en 1855), en su afortunado *Trattato di diritto commerciale*, cuyo primer volumen aparecía en 1893, incluyó explícitamente la naturaleza de las cosas entre las fuentes del derecho en una formulación que se hacía eco de las tesis de los juristas alemanes. Puesto que la opinión de Vivante fue el punto de partida de la discusión que tendrá lugar en Italia durante más de dos décadas, conviene reproducirla textualmente:

> En ocasiones la regla emerge inmediatamente de la naturaleza de los hechos y debe dirigir la sentencia de los jueces, pese a no estar configurada ni en una ley ni en una costumbre. Estas lagunas son frecuentes en los asuntos comerciales, que toman continuamente nuevas formas no previstas en el derecho positivo, y corresponde a la práctica forense fijar la regla jurídica que sea conforme a su naturaleza[3].

Precisaba, además, en una nota que «en esta naturaleza íntima de las cosas» se había inspirado «ese derecho natural (*naturalis ratio*) que renovó con su continuo alimento el derecho civil de Roma»[4]. Reconocía en otra nota que, solo después de la investigación científica desarrollada por abogados y jueces, las cortes habían fijado la regalación jurídica de numerosas figuras, posteriormente recogidas en el código[5], y en el párrafo siguiente declaraba que «gracias al estudio de las cosas y del derecho que las gobierna naturalmente la ciencia sirve también para preparar la ley del mañana, porque la primera regla de toda construcción jurídica es la observación genuina de los hechos»[6]. Del reconocimiento de la naturaleza de las cosas como verdadera fuente del derecho se extraía finalmente la conclusión más radical, atribuyéndole a la Corte suprema el poder de casar una sentencia que hubiera calificado una relación jurídica «de forma contraria a las exigencias de su naturaleza»[7].

2. L. Fr. Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Guttentag, Berlin/Leipzig, 1886, vol. I, § 19, p. 85; H. Thöl, *Das Handelsrecht*, Fues's, Leipzig, ⁴1879, § 15, p. 59.

3. C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, Bocca, Turín, 1893, vol. I, § 9, no-

* Traducción de Andrea Greppi.

1. L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, Ferdinand Enke, Erlangen, [2]1874, § 34, pp. 301-302.

2. A pesar de la indiscutible autoridad de la que disfrutaba Vivante este intento de introducir la naturaleza de las cosas entre las fuentes del derecho no tuvo una acogida favorable. La *communis opinio* de los juristas italianos ha sido y sigue siendo contraria a la ampliación de las fuentes del derecho más allá de las previstas por el legislador. En los tratados, generalmente, la naturaleza de las cosas ni siquiera llega a ser mencionada; y cuando lo es, se la coloca, junto con la doctrina, la jurisprudencia, la equidad, etc., entre las «presuntas» fuentes del derecho.

Ya el mismo año en que apareció el primer volumen del *Tratado* de Vivante, su casi coetáneo Leone Bolaffio (nacido en 1848), jurista no menos prestigioso, en una reseña del *Tratado*, por lo demás llena de elogios, tomó claramente posición contra la ilegítima elevación de la naturaleza de los hechos a fuente del derecho realizada por Vivante, «siguiendo las huellas de los alemanes», aunque con «argumentaciones propias». La naturaleza de los hechos, comentaba, abriendo una serie de confutaciones que habrían ido sucediéndose más o menos en la misma línea, podía constituir un elemento particularmente valioso para la interpretación: «pero norma legal, no, ni por fuerza de ley, ni por fuerza de autoridad». Para llenar los vacíos bastaban la analogía y los principios generales del derecho; no hacía ninguna falta invocar evanescentes fantasmas[8].

Respondieron más tarde directamente a Vivante, negando el estatus de fuente del derecho a la naturaleza de las cosas, dos conocidos estudiosos de derecho mercantil de la generación más joven, Alfredo Rocco (nacido en 1875) y Antonio Scialoja (nacido en 1879). Ambos excluyeron la posibilidad de admitir otras fuentes de producción jurídica aparte de la ley y la costumbre y atribuyeron a la naturaleza de las cosas una eficacia limitada al ámbito de la interpretación del derecho: el primero, hablando de una fuente de interpretación o de conocimiento del derecho situada junto a las fuentes de producción[9] y, el segundo, hablando de medio o subsidio para la aplicación o la interpretación del derecho y condenando, por consiguiente, la confusión entre proceso de formación y proceso de aplicación del derecho[10]. Admitir la naturaleza de las cosas como medio de interpretación y no como fuente de producción

8. B. [L. Bolaffio], recensión al *Trattato di diritto commerciale*, 1893, vol. I, de C. Vivante: *Temi veneta* XVIII (1893), p. 469.

9. A. Rocco, «L'interpretazione delle leggi processuali»: *Archivio giuridico* LXXVII tas 21-22, pp. 64-66. La cita es de la 3.ª ed., Vallardi, Milán, 1907, vol. I, § 9, notas 25-26, pp. 91-93.

4. *Ibid.*, p. 91.

5. *Ibid.*, p. 92.

6. *Ibid.*, p. 93.

7. *Ibid.*, p. 92.

equivalía a reconocer la utilidad de analizar la naturaleza del hecho o de la relación o de la institución como medio para la interpretación o la aplicación al caso concreto de una regla dada de antemano, pero al mismo tiempo significaba excluir que este análisis estuviese por sí solo en condiciones de proporcionar una regla nueva.

Al margen de la polémica inmediata con Vivante, la consideración de la naturaleza de las cosas como fuente de conocimiento y no de producción o, como también se dijo, como fuente material y no formal[11], ha acabado convirtiéndose en la opinión ampliamente dominante entre los juristas italianos, como he podido comprobar en Giuseppe Messina[12], Francesco Ferrara[13], Tullio Ascarelli[14], Umberto Navarrini[15], Paolo Greco[16], Mario Rotondi[17], Francesco Messineo[18].

11. Esta distinción es acogida, precisamente a propósito de las fuentes, junto a la necesidad, la convicción compartida por los hombres, la ciencia y al «concepto más elevado y comprensivo», la naturaleza de las cosas; así en D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*. Parte I: *Il problema della responsabilità di diritto internazionale*, F. Lumachi libraio-editore, Florencia, 1902, p. 30, n. 1.

12. G. Messina, «I negozi fiduciari» (1910), ahora en *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1948, I, p. 100, n. 231. Contra quienes invocan la naturaleza de las cosas como fuente del derecho afirma que «ella no proporciona más que el elemento material de la construcción».

13. F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*. I. *Dottrine generali*, Athenaeum, Roma, 1921, p. 152. De las presuntas fuentes del derecho, entre las que menciona la razón humana, el sentimiento jurídico y la naturaleza de las cosas, dice que «es necesario usarlas con prudencia, pero usarlas siempre en la aplicación y no para la creación de derecho».

14. T. Ascarelli, «Il problema delle lacune e l'art. 3 Dis. Prel. nel diritto privato»: *Archivio giuridico* XCIV (1925), pp. 255-279. Considera la naturaleza de las cosas como un «imprescindible instrumento auxiliar de la interpretación», que de por sí no puede sugerir una norma jurídica (p. 260). Cf. también «L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e del diritto agrario», en *Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario*, Maziano Ricci, Florencia, 1935, p. 105; y «Prefazione» a *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milán, 1955, p. 3, donde afirma, a propósito de la naturaleza de las cosas, que no hay que sustituir la sociología por el derecho, confundiendo las constataciones históricas con las valoraciones normativas.

15. U. Navarrini, *Trattato elementare di diritto commerciale*, UTET, Turín, [4]1935, vol. I, p. 39: «La *naturaleza de los hechos* se sitúa entre los criterios de interpretación, porque determina el *método* para la construcción y, por tanto, para la interpretación del derecho adaptándolo a las exigencias prácticas».

16. P. Greco, *Lezioni di diritto commerciale*, Giappichelli, Turín, 1936 (lecciones litografiadas), pp. 27-28. Distingue entre fuentes formales y materiales y considera la naturaleza de las cosas entre las segundas.

17. M. Rotondi, *Istituzioni di diritto privato*, Ambrosiana, Milán, [4]1942, n. 38, pp. 64-66, donde se reconoce la importancia del examen atento del hecho en aras de la

9. A. Rocco, «L'interpretazione delle leggi penali», *Rivista di diritto e procedura penale* I (1906), pp. 87-150. La cita se encuentra en la p. 102. Cf. también, del mismo autor, *Corso di diritto commerciale*, La litotipo, Padua, 1921 (lecciones litografiadas), pp. 131-132. En el mismo sentido, véase A. Rocco, «Il problema e il metodo della scienza del diritto penale»: *Rivista di diritto e procedura penale* I (1910), p. 46 (separata).

10. A. Scialoja, *Le fonti dell'interpretazione del diritto commerciale*, Unione tipografica cooperativa, Perugia, 1907, § 35, p. 57.

3. Los argumentos invocados para negar a la naturaleza de las cosas el estatus de fuente formal del derecho positivo italiano son variados. Cabe indicar sobre todo cuatro. El primero es de naturaleza emotiva y, por tanto, extremadamente frágil: consiste en mostrar el fantasma del derecho natural, afirmando que el reconocimiento de la naturaleza de las cosas como fuente del derecho implica la creencia en un derecho superior al derecho positivo y, por tanto, en última instancia el retorno al denostado derecho natural[19]. El segundo argumento es de naturaleza ético-política y subraya las consecuencias prácticas que se desprenderían del reconocimiento de reglas derivadas de la naturaleza de las cosas: la formulación de estas reglas, confiada a la valoración personal y a la elaboración subjetiva del intérprete, acabaría poniendo en peligro la seguridad jurídica[20]. El tercer argumento, de naturaleza lógica, es racionalmente el más sólido: consiste en mostrar que la pretensión de extraer una regla del examen de la naturaleza de las cosas acaba desembocando en un error lógico, conocido desde Moore como *naturalistic fallacy*, esto es, en el error de creer que es posible extraer un juicio de valor de un juicio de hecho. Entiéndase bien, los juristas que manejan este argumento no lo hacen de forma rigurosa: dicho argumento aparece generalmente en la afirmación de que es imposible obtener una regla a partir del hecho porque la regla precede al hecho y es la regla la que califica el hecho y no viceversa[21]. El cuarto argumento es de naturaleza jurídica: apela a la letra y al espíritu del sistema positivo italiano, el cual —por lo que respecta a la letra— no admite o parece no admitir otras fuentes de producción jurídica que no sean las previstas en el art. 1 de las *Disposizioni sulla legge in generale*, y —por lo que respecta al espíritu— se basa en el principio de legalidad y en la separación de poderes, de manera que se considera inadmisible la introducción de nuevas fuentes del derecho que abrirían una vía para la creación de derecho por parte del juez[22].

A propósito de este último argumento ha sido siempre frecuente entre nuestros juristas la observación de que el recurso a la naturaleza

19. A. Rocco, *Corso di diritto commerciale*, cit., pp. 131-132.

20. F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. 152.

21. T. Ascarelli, «Il problema delle lacune...», cit., p. 260. De forma exhaustiva y acabada, M. Rotondi, *Istituzioni di diritto privato*, cit., afirmaba: «... es lógico que ninguna relación, ningún hecho puede ser valorado si no es formulando un juicio, sobre la base de un criterio necesariamente distinto y extrínseco a él [...]; no se puede negar que, lógica-

mejor comprensión de las normas jurídicas, pero se excluye taxativamente que el examen del hecho se pueda deducir la regla, «porque hecho y derecho se presentan como términos contrapuestos» (p. 65).

18. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milán, ³1950, vol. I, p. 66. Admite que la naturaleza de los hechos es un elemento a tener en cuenta respecto de la interpretación de la norma.

de las cosas podía ser admitido más fácilmente en otros ordenamientos [distintos al italiano], como el francés y el alemán, en los que no están expresamente previstos los procedimientos en caso de laguna, como los recogidos en el antiguo art. 3 (correspondiente al art. 12 actual) de las *Disposizioni preliminari* que establecía, para el caso de laguna, el recurso a la analogía y a los principios generales del derecho, esto es, a métodos de autointegración del ordenamiento. No obstante, el debate en torno a la naturaleza de las cosas en Italia tuvo su momento más feliz precisamente con motivo de una famosa disputa que tuvo lugar entre 1921 y 1925 sobre la interpretación del mencionado art. 3 y, en particular, sobre el modo en que debía ser entendida la expresión «principios generales del derecho».

4. El debate comienza en 1921 con un artículo del más respetado filósofo del derecho de la época, Giorgio del Vecchio, que adopta la incómoda postura de oponerse a la interpretación dominante entre los juristas acerca de los principios generales del derecho. Según dicha opinión dominante, por «principios generales del derecho» había que entender las normas generalísimas que podían ser extraídas, mediante un proceso de generalizaciones sucesivas, a partir de las normas vigentes y, por tanto, más concretamente, a partir de los principios del derecho positivo y vigente. Del Vecchio sostuvo, por su parte, apoyándose también en argumentos textuales, la tesis contraria: los principios generales a los que nuestro legislador apelaba eran los principios mismos del derecho natural. A propósito de derecho natural, Del Vecchio incluía en esa noción el reconocimiento de la «existencia de una relación necesaria entre la sustancia intrínseca de las cosas y las respectivas reglas jurídicas»[23]: de esa forma daba a entender que entre el recurso a los principios generales del derecho y el recurso a la naturaleza de las cosas no podía haber, al menos desde una interpretación como esta de los principios generales del derecho y del derecho natural, diferencia alguna.

A finales de ese mismo año, en la misma revista, un joven estudioso de derecho mercantil, Alberto Asquini (nacido en 1889), dio un nuevo paso al frente: reconoció explícitamente la naturaleza de los hechos como fuente del derecho, haciéndola pasar, él también, por la puerta de los principios generales del derecho, aunque con un argumento distinto al utilizado por Del Vecchio. Según Del Vecchio, si los principios generales del derecho se identifican con los principios del derecho natural y

mente, la norma no puede concebirse como algo que preexista idealmente al hecho, pues solo ella es la que nos permite valorar jurídica mente la naturaleza del hecho. Para valorar un hecho desde el punto de vista del derecho es necesario concebir la norma de derecho como algo independiente y preexistente» (p. 65).

22. También este argumento es expuesto con claridad por M. Rotondi, *op. cit.*, p. 66.

los principios del derecho natural se interpretan como reglas extraídas de la naturaleza de las cosas, los principios generales del derecho incluyen el recurso a la naturaleza de las cosas; según Asquini, en cambio, el recurso a la naturaleza de las cosas sería, en sí mismo, uno de los principios generales del derecho y, por consiguiente, como tal, estaría legitimado por el art. 3. En particular, sería el principio general que permitía la clausura del ordenamiento jurídico y aseguraba su plenitud[24]. No obstante, Asquini, en el momento mismo en que recuperaba la tesis de Vivante, generalmente rechazada, y le otorgaba a la naturaleza de las cosas el más amplio reconocimiento como fuente formal del derecho, si bien utilizable únicamente en caso de lagunas, y por tanto como fuente subsidiaria, le estaba quitando su significado más característico como fuente objetiva de reglas, al definirla como *lucus a non lucendo*, como «representación que de la función de las relaciones sociales y de sus exigencias económicas hace la conciencia humana»[25]. Con esta interpretación, Asquini convertía un criterio de identificación jurídica que se suponía objetivo en un criterio subjetivo, si bien la «conciencia humana» en la que él estaba pensando no era ya la conciencia individual del intérprete, según las propuestas de la escuela del derecho libre, sino la conciencia colectiva, entendida a la manera de la escuela histórica.

No cabe duda de que la naturaleza de las cosas, así interpretada, eludía la objeción que habíamos considerado más grave, esto es, la objeción fundada en la imposibilidad de deducir un juicio de valor a partir de un juicio de hecho; pero lo hacía por la sencilla razón de que la naturaleza de las cosas era entendida como un conjunto de valoraciones dadas por la conciencia colectiva sobre una relación determinada, esto es, por el hecho de que el significado originario de naturaleza quedaba —permítaseme el juego de palabras— completamente desnaturalizado[26]. Ya no era la naturaleza de la relación la que dictaba la regla, sino la conciencia que los seres humanos pudieran tener de ella en un determinado tiempo y lugar, lo cual no deja de ser sino una valoración o un conjunto de valoraciones: de este modo, el recurso a la naturaleza de las cosas acababa significando extraer una regla no ya del examen de un hecho, sino del examen de otras valoraciones anteriores, que hasta el momento habían quedado en estado fluido.

24. A. Asquini, «La natura dei fatti come fonte di diritto»: *Archivio giuridico* LXXXVI (1921), pp. 129-147. En particular cf. p. 145.

23. G. Del Vecchio, «Sui principi generali del diritto»: *Archivio giuridico* LXXXV (1921), pp. 33-90. Ahora en *Studi sul diritto*, Giuffrè, Milán, 1958, vol. I, pp. 207-270. El fragmento citado se encuentra en la p. 254. Una referencia explícita a la naturaleza de los hechos, según la teoría de Vivante, se encuentra en la p. 256, n. 84.

La solución dada por Asquini al problema de la naturaleza de las cosas es un ejemplo característico de la ambigüedad de este concepto: en el momento mismo en que se lo intenta someter a análisis, se transforma en su contrario.

5. El reconocimiento de la naturaleza de las cosas en la doctrina italiana alcanzó su punto culminante en un artículo de Calogero Gangi, aparecido dos años más tarde, siempre sobre la misma revista, como un nuevo eslabón en el debate sobre los principios generales del derecho.

Del Vecchio había hablado, siguiendo la vieja doctrina, de derecho natural; Asquini había admitido la naturaleza de los hechos, pero la había interpretado de una forma que la hacía irreconocible. Gangi dijo abiertamente que, de acuerdo con Del Vecchio, los principios generales del derecho no podían ser considerados como principios del derecho positivo vigente y que la única forma de hacerlo era entendiéndolos como «principios generales, verdades generales, que son comunes a cualquier derecho y están en la base de cualquier derecho: principios generales, verdades generales, reveladas y dictadas por la razón humana y que esta extrae de la *naturaleza de las cosas*, de la que el hombre es parte»[27]. Luego fue mucho más allá, afirmando que tampoco el recurso a los principios generales era siempre suficiente para resolver las lagunas, por lo que era necesaria la existencia de una fuente ulterior y última a la que el juez habría podido recurrir en casos extremos. Esta fuente última, no expresamente indicada pero ineliminable, era la naturaleza de las cosas. La naturaleza de las cosas era la fuente de las reglas establecidas por el legislador: ¿por qué razón no habría de ser la fuente última a la que recurriría el juez en ausencia de reglas puestas por el legislador? «Las relaciones de la vida —explicaba— cuando han sido escrutadas atentamente y analizadas minuciosamente en todos sus elementos [...] descubren, esto es, revelan, por sí

27. C. Gangi, «Il problema delle lacune nel diritto privato»: *Archivio giuridico* LXXXIX (1923), pp. 137-171. El fragmento citado se encuentra en la p. 155. Pero véase también, del mismo año, G. Brunetti, «Le fonti e la funzione del dubio nella giurisprudenza», en *Giurisprudenza italiana* LXXV (1923), parte IV, caps. 1-16, donde se lee que los principios generales del derecho deben ser interpretados según la doctrina más reciente como «todos aquellos principios que la conciencia común, iluminada por la tradición y la razón, afirma, deduciéndolos *de la naturaleza de los hechos*, esto es, «de las relaciones sociales» (cap. 13, las cursivas son mías). Igualmente P. Cogiolo, «I principi generali del diritto»: *Il diritto commerciale* XVI (1924), parte I, pp. 161-185, para quien la investigación de los principios generales de derecho debe realizarse a través del examen del fin y la naturaleza de las instituciones, con

25. *Ibid.*, p. 138.

26. Esta observación había sido hecha ya inmediatamente por G. Pacchioni, «I principi generali del diritto»: *Archivio giuridico* XCI (1924), pp. 142-143, quien sostiene que por principios generales del derecho había que entender los principios elaborados por la jurisprudencia.

mismas a la razón humana la norma más adecuada para su regulación»[28]. Anticipándose a quienes le pudieran atacar mostrándole el espectro del derecho natural, respondía que la referencia a la naturaleza de las cosas nada tenía que ver con el viejo derecho natural, porque significaba pura y simplemente «aquella norma de decisión que el intérprete o el juez extraerá del examen minucioso y pormenorizado de la totalidad de elementos de la relación a regular»[29].

Gangi se preocupó de rebatir la objeción basada en el argumento de derecho positivo, advirtiendo que la regla extraída de la naturaleza de las cosas para resolver una laguna tendría valor solamente en el caso concreto y no habría podido ser elevada nunca a regla general. No obstante, no consiguió tranquilizar a sus colegas, fieles por lo general a la más estricta ortodoxia positivista: Aldo Checchini, continuando la disputa sobre los principios generales y proponiendo una nueva interpretación, respondió señalando el peligro del subjetivismo y la incertidumbre, y condenando la solución también desde el punto de vista del *ius condendum*[30]. Lamentablemente, Gangi no se preocupó de confutar el argumento lógico contra la naturaleza de las cosas: no tuvo ni la menor sospecha de tal dificultad. Y en una réplica a sus oponentes siguió repitiendo, sin apoyarse en ninguna demostración, que sería suficiente «el recurso al examen atento, minucioso, de todos los elementos de la relación que ha de ser objeto de regulación» para encontrar, en caso de laguna, la norma de decisión[31]. Pero la dificultad fue apuntada, entre otros, por el jovencísimo Ascarelli que cerró la disputa con un artículo en el que, salomónicamente, daba la razón a los juristas positivistas en el plano dogmático y a los críticos del positivismo en el plano histórico y filosófico, y, a propósito de la naturaleza de las cosas, denunciaba el error consistente en poner los hechos por delante de los valores[32].

6. Con el final de esta primera fase de la disputa sobre los principios generales del derecho, la fortuna de la naturaleza de las cosas en la doctrina italiana se agotó. Se impuso la interpretación más restringida de los principios generales de manera que, en el nuevo código, ac-

28. *Ibid.*, p. 163.

29. *Ibid.*, p. 166.

30. A. Checchini, «Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge»: *Archivio giuridico* XC (1923), pp. 167-230. La crítica de la tesis de Gangi se encuentra en la siguiente observación: «La naturaleza de los hechos, la naturaleza de las cosas, la naturaleza de los fenómenos construyen para todo legislador la indicación de la regla que ha de crearse para tales hechos, cosas o fenómenos: la dificultad está en conocer esta *rerum natura* y, una vez conocida, los principios reguladores son precisamente aquellos que conducen al fin [...]: surge, pues, del *código mismo* el principio generalísimo: todo hecho humano debe tener las normas que lo protejan para alcanzar su fin lícito» (p. 176).

tualmente en vigor, y para eliminar cualquier posible duda al respecto, la vieja fórmula demasiado genérica fue sustituida por la fórmula más específica «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado» (art. 12, *Disposizioni sulla legge in generale*), de tal forma que a la naturaleza de las cosas le fue finalmente arrebatado su último refugio. No bastó siquiera para devolverle el interés la traducción del conocido artículo de Gustav Radbruch aparecido en la *Rivista internazionale di filosofia del diritto* en 1941, a iniciativa de Bruno Leoni[33].

En 1940 había tenido lugar la segunda fase de la disputa sobre los principios generales del derecho, que en esta ocasión versaba no tanto sobre su naturaleza y validez como sobre la oportunidad de su formulación *de iure condendo*. Es significativo el hecho de que en el largo ensayo de Vezio Crisafulli, en el que se recogían los términos de la cuestión, publicado por la misma revista en la que había aparecido la traducción del ensayo de Radbruch, y en el mismo año, a la vieja cuestión de la naturaleza de las cosas no se le dedicada siquiera un renglón[34].

La crisis del positivismo jurídico y el llamado retorno del derecho natural, al que hemos asistido en esta segunda posguerra, no han llevado a los juristas italianos a cambiar de rumbo y a replantearse el problema de la naturaleza de las cosas, como en cambio sí ha sucedido en Alemania. En la obra más importante sobre interpretación jurídica aparecida en la doctrina italiana, que es de 1948, su autor, Emilio Betti, retoma y suscribe la interpretación subjetivista de la naturaleza de las cosas, ya adelantada por Asquini, y seguida por Pacchioni, y condena la «ilusión ingenuamente objetivista» de Gangi, quien consideraba que las relaciones de la vida puedan revelar una regla inmanente cuando se las analiza minuciosamente en todos sus elementos. «No es, ni puede ser, así: porque no se trata de registrar *ab extra* datos naturales, sino de recoger exigencias de la vida social: y aquí es realmente cierto que cada sociedad, históricamente determinada, ve aquello que quiere ver, es decir, aquello que más le preocupa y le interesa, y que cada época histórica contempla las mismas cosas con ojos distintos»[35].

Más llamativo aún es que la noción misma de naturaleza de las cosas, a la que frecuentemente se refiere el Código Civil en vigor, en expresiones como «naturaleza de la prestación» (art. 1182, apdo. 1), «naturaleza del negocio» (arts. 1326, 1329, 1330, 1333), «naturaleza de la relación» (art. 1360), «naturaleza del contrato» (arts. 1369, 1389, 1454),

p. 210, n. 1.

31. C. Gangi, «Ancora sul problema delle lacune nel diritto privato»: *Studi nelle scienze giuridiche e sociali pubblicati dall'Istituto di esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Pavia* IX (1925), pp. 71-106. El fragmento citado te encuentra en la p. 92. Esta réplica está dirigida fundamentalmente a Pacchioni y Checchini.

32. T. Ascarelli, «Il problema delle lacune...», cit., p. 266.

«naturaleza de los contratos» (art. 1469), «naturaleza de los suministros» (art. 1569), «naturaleza de las cosas» (art. 1800), no ha atraído la atención de los juristas y no ha sido nunca objeto de análisis específicos[36]. En un primer y somero examen de los principales comentarios a los artículos citados del Código Civil[37] no se desprende que la expresión utilizada por el legislador haya suscitado problemas merecedores de ser sometidos a debate: probablemente ha parecido obvia, perfectamente comprensible e inocua. Y, sin embargo, la lectura de estos artículos muestra que un estudio de la naturaleza de las cosas podría tomar como punto de partida no las consabidas abstracciones filosóficas sino el análisis del uso de esta noción en el lenguaje del legislador, que presenta algunos caracteres constantes y a partir de los cuales pueden extraerse generalizaciones preliminares.

7. El problema, abandonado por los juristas, ha sido retomado en estos últimos años por los filósofos del derecho, los cuales, mientras los juristas se ocupaban de él, no habían intervenido en la discusión, a excepción, como hemos visto, de Del Vecchio[38]. Por lo demás, con la entrada en escena de la crítica filosófica, el debate sobre la naturaleza de las cosas ha cambiado de dirección: de ella no se habla tanto como fuente del derecho sino como argumento o *topos* del razonamiento jurídico. En el desarrollo de la discusión sobre la naturaleza de las cosas en Italia pueden distinguirse con claridad dos fases: en la primera de ellas, la que tuvo lugar en el primer cuarto de siglo, los juristas hicieron, como hemos visto, algún intento, si bien esporádico, por utilizar dicha noción, bien en el ámbito de la teoría de las fuentes, bien en el de la teoría de la interpretación, con el propósito de agitar las aguas de la anquilosada dogmática, pero los filósofos por lo general no mostraron interés alguno por un problema que se encontraba, y no solo en Italia, en un estado de claro abandono; en la segunda fase, en la que tras un silencio por ambas partes que ha durado casi dos décadas nos encontramos en estos momentos, mientras los filósofos se han dado cuenta de la existencia del problema y están sometiendo a un análisis crítico la noción de naturaleza de las cosas, los juristas parecen haberse ausentado casi completamente del debate. No puede decirse, por lo demás, que en el paso de la primera a la segunda fase la fortuna de la naturaleza de las cosas haya mejorado: la tendencia que hasta la fecha ha prevalecido entre quienes han afrontado el análisis filosófico de la no-

33. G. Radbruch, «La natura della cosa come forma giuridica di pensiero»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XXI, pp. 145-156.

34. V. Crisafulli, «Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XXI (1941), pp. 41-63; 157-181; 230-264.

35. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1949, p. 215.

ción va en el sentido de no reconocer su validez o, cuando menos, de limitar su alcance.

No quisiera equivocarme, pero el primer ensayo crítico sobre la naturaleza de las cosas escrito por un filósofo del derecho italiano pero publicado en lengua alemana ha sido la ponencia presentada por mí, en octubre de 1957, en el Congreso de Saarbrücken titulado precisamente «Die Natur der Sache»[39]. En aquella ponencia me propuse discutir fundamentalmente tres puntos: la naturaleza de las cosas como concepción general del derecho (antivoluntarismo), como fuente del derecho (antilegalismo) y como medio interpretativo (anticonceptualismo). En cada uno de estos tres sentidos intenté mostrar que el objetivo polémico no llegó nunca a ser plenamente alcanzado y que la referencia a la naturaleza de las cosas contenía muchas más promesas de las que estaba en condiciones de mantener. Hice también un intento, que sin embargo no ha tenido éxito, de identificar el recurso a la naturaleza de las cosas en el plano de la interpretación, esto es, en el ámbito en el que hasta la fecha ha tenido un mayor éxito (incluso entre sus adversarios), con la interpretación teleológica. Decía:

> Por mi parte, creo que cuando el jurista habla de la naturaleza de un objeto, de un sujeto, de un comportamiento o de una institución, se refiere a la relación medio-fin y presupone consciente o inconscientemente el principio fundamental de Ihering: «El fin es el creador de todo el derecho». [...] La regla fundamental en la que el jurista se inspira para producir nuevas reglas desde la naturaleza de las cosas es la siguiente: «Si cierto fin es obligatorio (o está prohibido), deben considerarse obligatorios (o prohibidos) todos los medios objetivamente aptos para alcanzarlo»[40].

39. N. Bobbio, «Über den Begriff der Natur der Sache»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* XLIV (1958), pp. 305-321 (reeditado como cap. 9 de la presente compilación). Pero véanse también, anteriormente, la mención de W. Cesarini Sforza, «Ex facto oritur ius», en *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, Società tipografica modenese, Módena, 1930, vol. I, p. 95; las páginas dedicadas a la naturaleza de las cosas a propósito de la discusión acerca de si el derecho puede ser reducido a hecho, en P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milán, 1953, pp. 123 ss.; y las dedicadas al mismo tema en G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milán, 1953, pp. 87-88, y en L. Caiani, *I giudici di valore nell'interpretazione giuridica*, CEDAM, Padua, 1954, pp. 144-145, 248-249, donde se rechaza la legitimidad del recurso a la naturaleza de las cosas en sede lógica. La constante actitud polémica frente a la naturaleza de las cosas se desprende también de la siguiente afirmación de G. Fassò: «el inagotable mito del derecho natural, quizá bajo la equívoca

36. El elenco de estos artículos me ha sido amablemente cedido por C. E. Balossini.

37. He tomado en consideración los conocidos comentarios publicados por las editoriales Barbera, Utet y Zanichelli.

38. Del Vecchio permaneció, a lo largo de los años, fiel a sus ideas. Véase una síntesis de su pensamiento sobre la relación entre la naturaleza y el derecho y entre el derecho natural y el derecho positivo en sus *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milán, [32]1963, pp. 371 ss.

Un año más tarde apareció una amplia panorámica del pensamiento alemán sobre la naturaleza de las cosas, en particular sobre las teorías de Radbruch y de Maihofer, realizada por un filósofo del derecho debutante, Alessandro Baratta[41], que contraponía a la filosofía naturalista alemana, que había abierto una vía de acceso demasiado fácil a la naturaleza de las cosas, la perspectiva subjetivista del idealismo italiano, en la interpretación de Cesarini Sforza, para quien, y puesto que no existe, salvo como abstracción, una naturaleza que no sea la del espíritu y, por consiguiente, un hecho distinto del acto, la naturaleza por sí sola no vale para nada y no hace más que devolver aquello que se deposita en ella. En sus conclusiones críticas, recuperando el idealismo de estas tierras, Baratta reiteraba los temas polémicos fundamentales sobre los que la doctrina italiana había constante y severamente insistido frente a la naturaleza de las cosas como fuente del derecho: y de este modo, en el momento mismo en que reclamaba la atención de los estudiosos italianos sobre el ardiente debate que se desarrollaba en Alemania, se hacía intérprete, una vez más, del malestar que las concepciones objetivistas y naturalistas del derecho han suscitado siempre en una cultura, como la nuestra, consagrada al culto del espíritu creador y devota del historicismo. De esta filosofía jurídica inspirada en el idealismo italiano Baratta decía que «muestra la imposibilidad de fundar en los *hechos* una normatividad objetiva independiente de la valoración y de la volición del sujeto, y de descubrir en la *naturaleza* del hecho un valor que preceda al acto y la calificación por parte del sujeto: pues la *naturaleza* del acto es la actividad del sujeto que lo establece y lo califica, creando y recreando su sentido»[42].

8. Lo cierto es que en estos últimos años, por vez primera, la naturaleza de las cosas ha pasado a formar parte de los temas habituales y hasta obligados en la filosofía del derecho: se habla de ella y se debate en recientes monografías, incluso en aquellas dedicadas a otras materias, como las de E. di Robilant[43] y A. G. Conte[44]. Pero quizá la mejor prueba de su reconocimiento está en el hecho de que una de las grandes enciclopedias jurídicas italianas, que en la edición anterior a la guerra no incluía la naturaleza de las cosas entre las incontables voces de sus doce pesados volúmenes, en la nueva edición ha dedicado al argumento un

41. A. Baratta, «Natura del fatto e diritto naturale»: *Rivista internazionale di filoso-*

aparicencia de la naturaleza de las cosas» («Sociologia e diritto nel loro nesso e nei loro limiti», en *Filosofia e sociologia*, Il Mulino, Bolonia, 1954, p. 166). Pero del mismo Fassò, con una orientación favorable a la utilización de la naturaleza de las cosas por parte del juez, véase *La legge della ragione*, Il Mulino, Bolonia, 1964, p. 237, nn. 43, 44, 46, con la referencia a una Sentencia de la Corte Costituzionale [italiana].

40. «Über den Begriff der Natur der Sache», cit., p. 317 (véase *supra* cap. IX, § 5).

amplio espacio, a cargo de Nello Morra, que constituye hasta la fecha la exposición más exhaustiva sobre el tema[45].

Por lo demás, si el interés por el problema ha cambiado, ello no ha modificado la tradicional actitud polémica frente a él: los tres autores recién citados están básicamente de acuerdo en oponer a la validez de la naturaleza de las cosas como fuente de reglas jurídicas el argumento fundado en la imposibilidad de deducir valores a partir de hechos. En particular, Robilant, que se ocupa del problema en dos partes distintas de su libro, niega, de un lado, que la naturaleza de las cosas determine directa y unívocamente las valoraciones del legislador, y rechaza, de otro lado, y por la misma razón, que el recurso a la naturaleza de las cosas constituya un fundamento suficiente para la objetividad de las valoraciones, cuando afirma que la naturaleza de las cosas se traduce, como mucho, en una apelación a la mayor o menor fundamentación de los criterios de justicia. Conte recuerda que la derivación del valor a partir del hecho es una ilusión recurrente y antigua, y pone como ejemplo la pretensión de derivar las normas del buen soldado a partir del concepto de soldado. Con base en el argumento de la falacia naturalista, Morra desmonta sistemáticamente las distintas defensas elaboradas por los partidarios de la naturaleza de las cosas a favor de su doctrina; la acepta como criterio e instrumento de interpretación declarativa del derecho y delimita su utilización a la interpretación derogatoria y la determinación de la conducta que se ha de seguir para el cumplimiento de una norma finalista; aclara finalmente el nexo que existe entre la naturaleza de las cosas y los juicios de equidad: en relación con dicho nexo, la naturaleza de las cosas aparece como la primera fase, estrictamente observacional, de esa clase de juicios[46].

9. Quedaría preguntarse cuáles son las razones por las que la naturaleza de las cosas ha tenido tan poca fortuna en la doctrina italiana, hasta el punto de quedar relegada (por los juristas) o ser rechazada (por los filósofos). Por lo que respecta a la indiferencia de los juristas, la razón fundamental está, sin duda, en el apego al dogma de la omnipotencia del legislador, reforzado por el particular carácter de un ordenamiento como el nuestro que se inspira en el principio de la autointegración. Por lo que respecta a la crítica de los filósofos, la razón fundamental ha de buscarse en el antinaturalismo dominante en la filosofía italiana, mediante la permanente y arraigada influencia del historicismo.

fia del diritto XXXVI (1959), pp. 177-228.

42. *Ibid.*, p. 222.

43. E. di Robilant, *Sui principi di giustizia*, Giuffrè, Milán, 1961, pp. 139-50, 224-234.

44. A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Turín, 1962, pp. 102-105.

45. *Novissimo Digesto Italiano*, voz «Natura delle cose», ed. de Nello Morra, vol. IX.

46. Una última señal de la recuperación del debate sobre la naturaleza de las cosas es la publicación del artículo de I. Tammelo, «La natura dei fatti come topos giuridico»: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* XI (1963), pp. 655-683, a cargo del propio Nello Morra.

ÍNDICE DE NOMBRES

Achenwall, G.: 158
Adickes, F.: 184[4]
Agnelli, A.: 139[1]
Ago, R.: 14, 39s., 101[2], 138, 147
Alexy, R.: 16
Allorio, E.: 38, 47[35], 84[1], 93
Antoni, C.: 169, 173
Aristóteles: 123, 161
Ascarelli, T.: 14, 42s., 73, 211, 212[21], 216
Asquini, A.: 185, 213ss., 217
Astuti, G.: 113[9]
Atienza, M.: 16
Austin, J.: 14, 48, 58, 138s., 145, 147, 149, 155

Bagolini, L.: 43, 96
Balossini, C. E.: 218[36]
Baratta, A.: 220
Barbero, D.: 37[9], 44[18], 47[35], 101[1]
Barbeyrac, J.: 162
Barile, G.: 14[14], 40[11], 101[2]
Barker, G.: 169[5]
Battaglia, F.: 63, 66, 72, 100[35]
Beccaria, C.: 15, 17
Behrend, I. Fr.: 208, 209[3]
Biondi, B.: 34, 42
Bobbio, N.: 10, 14, 18ss., 158, 219
Bolaffio, L.: 210[8]
Bonnecase, J.: 112, 169
Bovero, M.: 10[5]
Brunetti, G.: 215[27]
Burke, E.: 132[3]

Caiani, L.: 41, 46, 219
Calamandrei, P.: 15, 33, 41, 73, 86, 96, 114[9]
Calogero, G.: 72
Cammarata, A. E.: 46[14], 63, 66, 72, 94, 135
Campanella, T.: 161
Capograssi, G.: 34, 38, 65s., 72, 113[7]
Carnelutti, F.: 34[6], 41, 46, 47[35], 63s., 66, 72, 84[1], 87, 110[6], 116, 138, 147
Cattaneo, M. A.: 12[11], 137, 139-144, 146, 148s.
Cesarini Sforza, W.: 65, 72, 220
Charmont, J.: 63, 170
Checchini, A.: 216
Cogliolo, P.: 215[27]
Coing, H.: 148
Comanducci, P.: 19s.

Dabin, J.: 112[8]
David, A.: 194[8]
De Marini, C. M.: 41[20]
De Ruggiero, G.: 68
Del Vecchio, G.: 52, 65s., 213, 215, 218
Di Robilant, E.: 47[16], 57[2], 90[11], 220s.
Donati, M.: 115
Duguit, L.: 52
Dworkin, R.: 16

Ehrlich, E.: 54, 106, 114, 146
Eisenmann, Ch.: 140[7]

Falk, R. A.: 103[5], 139[4]
Fassò, G.: 24s., 44, 66s., 132[5], 169[1], 219[33]
Favara, E.: 41[17]
Ferrara, F.: 184[5], 211, 212[20]
Friedmann, W.: 103[4]
Frosini, V.: 16[10]
Fuller, L. L.: 119[13]

Gabrieli, V.: 162[20]
Gangi, C.: 215ss.
Garbagnati, E.: 36[8], 41[16]
Gentile, G.: 51, 53ss., 68, 72
Gény, F.: 54, 169, 170[4]
Giannini, A.: 178[13]
Gierke, O.: 169[3]
Goldschmidt, L.: 208
Greco, P.: 211
Grocio, H.: 58, 160, 162, 176, 202
Groppali, A.: 68
Guastini, R.: 19[17], 20[19]

Hare, H. R. M.: 203
Hart, H. L. A.: 12, 14, 15[26], 54, 103[5], 119[13]
Hazard, P.: 159[7]
Hegel, G. W. F.: 48, 50, 58, 128
Hobbes, T.: 50, 53, 55, 86, 113, 123, 125, 128, 139, 148s., 157s., 160

Ireton, H.: 162

Jemolo, A. C.: 33, 83[**]

Kant, I.: 58, 89s., 113, 156ss., 161, 166, 171
Kantorowicz, H.: 54
Kelsen, H.: 14s., 19[26 y 28], 26, 39, 51, 54, 56, 76, 90s., 98, 99[18], 100[28], 110, 115s., 120, 127, 142, 176[18], 196[1], 207
Knoll, A. M.: 173[5]

Landsberg, E.: 170[7]
Larenz, K.: 147
Lasson, A.: 53
Lazzaro, G.: 89[8]
Leibniz, G. W.: 50, 58
Lener, S.: 36, 101[3]
Leoni, B.: 71, 217
Levi, A.: 63, 66
Locke, J.: 123, 157, 161, 166
Lombardi, L.: 177[12]
López de Oñate, F.: 113[8]

Maiborer, W.: 220
Mandeville, B.: 164
Mandrioli, C.: 47[25]
Marx, K.: 181
Matteucci, N.: 19[18]
Mazzarella, G.: 68
Messina, G.: 211
Messineo, F.: 211
Montesquieu, C.-L.: 50, 113
Moore, G. E.: 203, 212
Morelly, E.-G.: 161
Morra, N.: 145, 221
Musil, R.: 177

Navarrini, U.: 211
Nicolò, R.: 93[15]
Nino, C. S.: 16

Bentham, J.: 14, 55, 139, 148s., 171
Bentivoglio, L. M.: 101[2]
Benvenuti, F.: 47[55], 93
Bergbohm, K.: 115
Betti, E.: 217[31]
Bertiol, G.: 45[10]

Conte, A. G.: 220s.
Coviello, N.: 184[7]
Crisafulli, V.: 217
Croce, B.: 65, 68, 72, 75, 181
Cromwell, O.: 162
Cumberland, R.: 160

Perelman, Ch.: 56, 88, 98
Perticone, G.: 70
Petrocelli, B.: 45, 46[32], 98[22], 100[23]
Petrone, L.: 65, 68, 170
Piovani, P.: 24, 65, 112, 173, 219[38]
Platón: 50, 196s.
Popper, K.: 196
Pound, E. L.: 42
Prélot, M.: 170
Preti, G.: 166[23]
Pufendorf, S.: 158, 160ss., 165, 202

Quadri, R.: 40[24]

Radbruch, G.: 147, 169, 183, 217, 220
Ravà, A.: 65, 184[5]
Regelsberger, F.: 183, 184[2]
Rescigno, P.: 39[33]
Rocco, Alfredo: 210, 212[19]
Rocco, Arturo: 210[9]
Romano, Salvatore: 58
Romano, Santi: 37, 53s., 66s., 75, 115
Rosmini, A.: 48
Ross, A.: 54, 103[1], 115
Rotondi, M.: 211, 212[22]
Rousseau, J.-J.: 128, 157, 159ss., 166[29]
Rubino, D.: 45[31]
Ruiz Manero, J.: 16

Saleilles, R.: 170
Scarpelli, U.: 9, 44, 47[16], 69[1]
Scialoja, A.: 210
Scognamiglio, R.: 194[8]
Sereni, A. P.: 45[29]
Sherman, S. L.: 103[1], 139[4]

Spinoza, B.: 86, 164, 174
Stahl, G. E.: 50
Stanlis, P. J.: 132[3]
Strauss, L.: 44
Sturzo, L.: 70

Tammelo, I.: 221[46]
Taparelli d'Azeglio, L.: 170
Tarello, G.: 33[5], 84[2]
Thöl, H.: 208
Thomasius, C.: 160
Thon, A.: 58
Tomás, santo: 124, 160, 198
Topitsch, E.: 173[8]
Treves, R.: 9, 27, 66, 70, 103[5]
Troeltsch, E.: 169

Ulpiano, D.: 160s.

Vaccaro, M. A.: 68
Verdross, A.: 102[2]
Vivante, C.: 209ss., 213[21], 214

Welzel, H.: 147
White, M.: 83
Wieacker, F.: 147[28]
Wild, J.: 196-207
Windscheid, B.: 184
Winstanley, G.: 161
Wolf, E.: 159s.

Zitelmann, E.: 115

123, 128, 159, 160s, 175s, 180, 162-165, 176, 179[15], 201s.
Holmes, W.: 97, 155
Hugo, V.: 48
Hume, D.: 55, 58

Ihering, R.: 50, 53, 57s., 92, 99, 192

Orestano, R.: 84*

Pacchioni, G.: 214[26], 216[31], 217
Pareto, V.: 68
Pascal, B.: 177
Passerin d'Entrèves, A.: 27
Pekelis, A.: 65

ÍNDICE GENERAL

Contenido 7
Prólogo: Luigi Ferrajoli 9
Introducción 23

Primera Parte
DERECHO Y FILOSOFÍA

PREMISA 31
1. SITUACIÓN Y ORIENTACIONES 33
   1. Nuevos problemas 33
   2. El retorno del derecho natural 35
   3. Pluralismo jurídico 37
   4. Crítica de las fuentes 39
   5. La disputa sobre los métodos 41
   6. Momento de pausa 43
   7. Perspectivas 46

2. NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO 48
   1. Campos de estudio de la filosofía del derecho 48
   2. La filosofía del derecho como filosofía aplicada 50
   3. Filosofía del derecho de los filósofos y filosofía del derecho de los juristas 53
   4. Un programa de trabajo 55
   5. Utilidad de la filosofía del derecho 58

3. La filosofía del derecho y sus problemas 60
1. Cuatro problemas de la filosofía del derecho 60
2. El problema deontológico 62

3. El problema ontológico 65
4. El problema fenomenológico 67
5. El problema metodológico 71
6. Lo que la filosofía del derecho ha hecho y lo que debería hacer 74

Segunda Parte
DEL POSITIVISMO JURÍDICO

PREMISA 81
4. FORMALISMO JURÍDICO 83
1. La rebelión contra el formalismo 83
2. La concepción formal de la justicia 85
3. El derecho como forma y la teoría formal del derecho 88
4. La ciencia del derecho como ciencia formal 92
5. La interpretación formal del derecho 95
6. Conclusiones 98

5. ASPECTOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO 101
1. El formalismo jurídico y el positivismo jurídico 101
2. Tres aspectos del positivismo jurídico 103
3. El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho 105
4. El positivismo jurídico como teoría 106
5. El positivismo jurídico como ideología 108
6. Un criterio para distinguir los tres aspectos del positivismo jurídico 110
7. Defensa del positivismo jurídico como ideología 111
8. Defensa del positivismo jurídico como teoría 114
9. Defensa del *approach* positivista al derecho 117
10. Conclusiones 120

6. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO 122
1. Definición de los dos términos 122
2. Tres formas de iusnaturalismo 124
3. Tres momentos de la crítica positivista 125
4. Algo más acerca de las tres formas de positivismo jurídico 127
5. Relación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico como ideologías 129
6. Relación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico en tanto teorías generales del derecho 131

Tercera Parte
DEL IUSNATURALISMO

PREMISA 153
7. ALGUNOS ARGUMENTOS CONTRA EL DERECHO NATURAL 155
1. Planteamiento del problema 155
2. «Derecho» y «derecho natural» 155
3. El fin del derecho natural 157
4. La función del derecho natural 158
5. Muchos significados de «naturaleza» 159
6. Opiniones diferentes entre los iusnaturalistas 160
7. La presunta deducción de un juicio de valor a partir de un juicio de hecho 163
8. Ocaso del mito de una naturaleza benéfica 165
9. Resumen de los argumentos 168

8. EL IUSNATURALISMO COMO TEORÍA DE LA MORAL 169
1. El renacimiento del iusnaturalismo no es una novedad 169
2. Es preciso distinguir la moral de la teoría de la moral 170
3. El iusnaturalismo no es una moral 172
4. El iusnaturalismo es una teoría de la moral 174
5. Como teoría de la moral el iusnaturalismo es insostenible 176
6. Lo que importa del iusnaturalismo es su función histórica 178
7. Pero la función histórica del iusnaturalismo hoy la desempeñan generalmente otras corrientes de pensamiento 180

9. LA NATURALEZA DE LAS COSAS 183
1. Una noción olvidada 183
2. Los tres blancos de la doctrina de la naturaleza de las cosas 185
3. Naturaleza de las cosas contra voluntarismo jurídico 187
4. Naturaleza de las cosas contra formalismo 189
5. Naturaleza de las cosas contra legalismo 192
6. Conclusiones 195

Apéndice A. DE NUEVO SOBRE EL DERECHO NATURAL 196
Apéndice B. LA NATURALEZA DE LAS COSAS EN LA DOCTRINA ITALIANA 208

Índice de nombres 223
Índice general 227

tanto teorías generales del derecho .....
7. Relación entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico como modos diversos de aproximarse al estudio del derecho 133
8. Conclusiones 135

Apéndice. OTRAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL POSITIVISMO JURÍDICO 138

Esta obra es, en palabras de Luigi Ferrajoli, «desde hace muchos años un clásico de la filosofía del derecho. Es quizá el libro filosófico-jurídico de Norberto Bobbio más conocido y leído». Pues, prosigue Ferrajoli, no sólo aporta «coordenadas y categorías elementales de la reflexión filosófica sobre el derecho», sino también «un estilo de pensamiento e investigación orientado al análisis conceptual, a la claridad en el lenguaje, al rigor en las distinciones y al enfoque racional de los problemas».

En la primera parte presenta Bobbio su concepción de la filosofía del derecho, distinguiendo tareas, analizando problemas y proponiendo un programa de trabajo ius-filosófico orientado a clarificar conceptos, disolver falsas disputas y promover el intercambio de ideas, contra toda forma de dogmatismo, entre las distintas orientaciones filosóficas.

En las otras dos partes del libro el autor vuelve sobre la secular controversia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Poniéndose, como afirma, «en el papel de árbitro o, más modestamente, de juez instructor, más que en el de defensor o acusador», pero defendiendo en realidad al segundo contra el primero, hace un análisis de los términos, el significado y los distintos planos en que se presenta habitualmente esta alternativa. Al distinguir los diferentes significados del positivismo jurídico —como método o aproximación avalorativa al estudio del derecho positivo, como teoría estatalista del derecho y como ideología ético-legalista—, muestra como su confusión favorece tanto la crítica radical como la defensa incondicional del iuspositivismo, una y otra injustificadas. Y al someter a análisis las doctrinas iusnaturalistas, pone de manifiesto que todas ellas consisten en doctrinas objetivistas de la moral, en su opinión infundadas, aun reconociéndoles un papel histórí-

co como doctrinas ético-políticas orientadas a la crítica del derecho existente y al diseño del derecho futuro.

Norberto Bobbio (1909-2004)

Nació en Turín. En los años treinta y cuarenta comenzó a enseñar Filosofía del derecho en las Universidades de Camerino, Siena y Padua. Durante esa época se incorporó al grupo turinés «Giustizia e Libertà», formó parte del Partito d'Azione y colaboró con la resistencia antifascista. Tras la guerra enseñó Filosofía del derecho en la Universidad de Turín (1948-1972).

También en Turín, entre 1972 y 1979, impartió clases de Filosofía de la política. En 1979 fue nombrado profesor emérito. Desde entonces, se le otorgó el título de doctor *honoris causa* por las universidades de París, Buenos Aires, Complutense de Madrid, Bolonia, Chambéry y Camerino, entre otras.

A sus estudios sobre teoría del derecho y de la política, Bobbio sumó numerosas investigaciones sobre pensamiento político y filosófico y sobre historia de la cultura, además de convertirse en un protagonista activo del debate político italiano de posguerra. En reconocimiento a esa trayectoria, fue designado senador vitalicio en 1984.

De su vasta obra traducida al castellano puede destacarse *Teoría general del derecho*; *¿Qué es socialismo?*; *El problema de la guerra y las vías de paz*; *Estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel*; *El futuro de la democracia*; *El tercero ausente*; *El tiempo de los derechos*; *Derecha e izquierda*; *De senectute*, y *Teoría general de la política* (²2009), este último publicado en esta misma Editorial.